

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN DECIMOSEXTA

Rollo número

Órgano judicial de origen: Juzgado 1^a Instancia número 8 de Mataró

Procedimiento: Juicio Ordinario número

SENTENCIA NÚMERO 168/2015

Ilmos. Sres.

DON JORDI SEGUÍ PUNTAS (Presidente)
DOÑA MARTA RALLO AYEZCUREN
DON FEDERICO HOLGADO MADRUGA

En Barcelona, a 14 de abril de 2015

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número , tramitados por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Mataró, a instancia de “

..”, representada en esta alzada por la Procuradora Doña Anna Charques Grifol, contra “**BANCO SANTANDER, S.A.**”, representada en esta alzada por el Procurador Don Ildefonso Lago Pérez; autos que penden ante esta Sección en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de “**BANCO SANTANDER, S.A.**” contra la sentencia dictada por dicho Juzgado en fecha 2 de mayo de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Mataró dictó sentencia en fecha 2 de mayo de 2014, en los autos de juicio ordinario número , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por “ ..” contra “Banco Santander, S.A.”, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuto financiera de tipos de interés suscrito por las partes el 30 de mayo de 2008, y debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, y a la devolución de las cantidades que han sido cobradas a la actora por mor del contrato referido y que se cuantifican en 61.347,33 € más los intereses legales antedichos en el fundamento octavo y todo ello sin expresa imposición de las costas a ninguna de las partes” (sic).

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se formuló recurso de apelación por la representación de “Banco Santander, S.A.”. Admitido el recurso, se dio traslado a la parte contraria, que se opuso. Seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, donde, una vez turnadas a esta Sección, y tras los trámites correspondientes, quedaron pendientes para deliberación y decisión, que tuvieron efecto en fecha 24 de marzo de 2015.

TERCERO.- En el procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el magistrado Federico Holgado Madruga.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Antecedentes del debate

La mercantil “ ” promovió acción judicial interesando que se declarase judicialmente la nulidad radical de un negocio jurídico de permuto financiero de tipos de interés, suscrito con la entidad bancaria demandada en fecha 30 de mayo de 2008, e invocaba como causa de la pretendida nulidad el error en el consentimiento prestado por el responsable de “ ”, error que se pretendía relacionar, en esencia, con la falta de información previa con respecto al producto comercializado, y en especial en lo concerniente al riesgo financiero que entrañaba en la hipótesis de bajada brusca de los tipos de interés y las consecuencias de la cancelación anticipada, a lo que se agregaba que las cláusulas contractuales eran de notable complejidad y adolecían de falta de transparencia. Subsidiariamente ejercitaba acción de anulabilidad y, más subsidiariamente, de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

La representación de “Banco Santander, S.A.” se opuso a la pretensión deducida de adverso manteniendo que la contratación habida fue libre y voluntaria entre las partes y que la entidad demandada suministró al administrador de la actora, con anterioridad a la contratación, la información necesaria y suficiente para conocer los términos de la operación, sus características, naturaleza y riesgos económicos que conllevaba, tanto en lo concerniente a la posibilidad de liquidaciones negativas como al coste que podría comportar la cancelación anticipada del producto, lo que descarta la apreciación de ignorancia o error susceptibles de viciar la prestación del consentimiento, a lo que se añadía que, en el caso de concurrencia de error, nunca podría catalogarse como excusable por ser imputable a la falta de la diligencia que es exigible de todo administrador de sociedad mercantil.

La magistrada de instancia estimó que concurrió el error de consentimiento que se denunciaba en la demanda, por entender que los responsables de la empresa actora no dispusieron de información previa suficiente sobre el producto contratado ni fueron conscientes de su sustancia y condiciones esenciales, y ello, entre otras razones, porque de la documentación aportada se deducía que el producto se presentó como un instrumento de cobertura ante la subida de tipos, lo que indujo a confusión sobre su

verdadera naturaleza y finalidad. La resolución recurrida incide, además, en que los documentos proporcionados por “Banco Santander, S.A.” eran complejos y de lectura farragosa, y su comprensión no estaba al alcance de la actora, la cual fue calificada de cliente minorista y, pese a ello, no se le practicó el test de conveniencia ni el de idoneidad.

Destaca asimismo la magistrada a quo que el administrador de la empresa “nunca fue informado sobre los riesgos que asumía con la contratación del swap en caso de caída brusca de los tipos de interés, ya que en todo momento los empleados del banco le aseguraron que se trataba de un instrumento ventajoso y beneficioso para la empresa, como tampoco se le ilustró suficientemente sobre las gravosas consecuencias asociadas a la cancelación anticipada.

La representación de “Banco Santander, S.A.” combate inicialmente en su recurso la afirmación vertida en la sentencia acerca de la inexistencia de información precontractual, ya que el administrador de la actora, antes de la contratación, recibió de la gerente de empresas de la entidad la información suficiente para conocer con suficiencia los rasgos característicos del instrumento financiero y los riesgos a él asociados, lo que también constaba en los documentos firmados por el cliente. Rechaza la apelante que la falta de cumplimentación del test de conveniencia haya de conllevar consecuencias anulatorias y, en cuanto a la cancelación anticipada, mantiene que no podría proporcionarse un cálculo exacto al cliente antes de la contratación al depender de la fecha en que se materialice y de los precios del mercado, aparte de que se trata de un aspecto que no forma parte de la esencia del contrato. Niega igualmente que el contrato se caracterice por su complejidad, ya que los documentos suscritos por la actora son perfectamente legibles y entendibles para cualquier ciudadano medio.

Finalmente, y en cuanto a la apreciación del error, se arguye que, de haber ocurrido, únicamente sería imputable a la negligencia de quien actuó en nombre de la empresa actora, Sr. [REDACTED] quien gozaba de experiencia en el mundo empresarial y financiero y que fue en todo momento consciente del alcance de lo que firmó, hasta el punto de que optó por la contratación pese a que se lo desaconsejó su hija, la cual presta servicios laborales en una entidad bancaria. Por ello, si concurrió error no sería en ningún caso excusable y nunca podría determinar la nulidad acordada por la sentencia recurrida, y en todo caso la hipotética nulidad quedaría subsanada mediante la confirmación tácita del contrato por parte del cliente, al aprovecharse sin objeción alguna de las liquidaciones positivas iniciales.

SEGUNDO.- Naturaleza, condiciones y antecedentes contractuales del swap cuya nulidad se pretende. Normativa aplicable a los contratos de permuta financiera de interés

El contrato objeto de litigio presenta los rasgos genéricos de un contrato swap o de permuta financiera de tipos de interés, relación negocial reconocida por el art. 2 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, y que consiste, en síntesis, en un acuerdo entre las partes contratantes para intercambiar, sobre un capital nominal de referencia, los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado. Su finalidad suele

estribar en la gestión y cobertura de riesgos financieros, por lo que son contratos generalmente asociados a otros -aunque nada impide su funcionamiento autónomo, hipótesis en la que se acentúa su carácter especulativo-, de suerte que posibilitan a las empresas o particulares la cobertura o mejora de la deuda financiera -convenida con frecuencia sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable- ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés.

A aquellos rasgos responde el contrato cuya validez se cuestiona en el supuesto que se debate. Fue concertado entre el 27 y el 30 de mayo de 2008, aproximadamente tres meses después de la concertación de un préstamo hipotecario entre ambas partes por importe de 400.000 €, y consta de dos bloques: uno genérico, rotulado como “contrato marco de operaciones financieras” (folio 35 de autos), y otro más específico, consistente en la “confirmación de permuta financiera de tipo de interés” (folio 45), al que se incorporan los términos básicos del contrato y al que se adjuntan dos anexos, uno sobre cláusulas adicionales y otro sobre el funcionamiento del swap flotante bonificado.

La permuta de interés se contrató sobre un nociional de 600.000 €, se pactaron cinco años de duración (entre el 2 de junio de 2008 y 3 de junio de 2013), y su funcionamiento se puede esquematizar en los siguientes términos: (i) si el tipo de referencia (Euríbor a tres meses) se sitúa por debajo del tipo barrera inferior (3,99%), el cliente pagaría el tipo fijo pactado (4,74%); (ii) si el tipo de referencia está por encima del tipo barrera inferior, pero por debajo del tipo cap (6,44%), el cliente pagaría el tipo variable de referencia menos un diferencial (0,15%); (iii) si el tipo de referencia se sitúa por encima del tipo cap, el cliente pagaría el tipo cap menos el diferencial.

El contenido contractual de esta clase de contratos, en el que se incluye copiosa terminología propia del mundo financiero e ininteligible con frecuencia para un ciudadano medio, ha inducido al legislador a considerar que las permutas relacionadas con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos constituyen “instrumentos financieros derivados”, que además deben considerarse “productos complejos”, por contraposición a los “productos no complejos” (artículos 2.2 y 79 bis, apartado 8, LMV).

Viene manteniendo esta Sección que es imprescindible por ello fijar de antemano cuál sea la concreta normativa sectorial aplicable a la permuta financiera litigiosa como presupuesto para la evaluación de la conducta del banco oferente en la fase previa a la firma del contrato. Constituyendo las permutas financieras un instrumento complejo, para su comercialización debe observarse la normativa protectora informativa prevista en la citada Ley del Mercado de Valores y en sus normas de desarrollo, no meramente la normativa bancaria.

Si bien la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID) entró en vigor a partir del 1 de mayo de 2004, no exigía de los Estados miembros la plena aplicación de sus disposiciones hasta el 1 de noviembre de 2007 (la Directiva 2006/31/CE estableció ese plazo). España no cumplió escrupulosamente dicho plazo ya que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de reforma de la LMV, que traspuso al ordenamiento interno las disposiciones de la Directiva MIFID, no entró en vigor hasta el 21 de diciembre de ese año.

Así pues, los contratos de permuto financiera anteriores al 1 de noviembre de 2007 se rigen por el contenido primitivo del artículo 79 LMV, así como por el artículo 16 del Decreto 629/1993. Las permutas financieras contratadas entre el 1 de noviembre y el 21 de diciembre de 2007 habrán de sujetarse a las normas de la Directiva MIFID, en tanto que a las permutas posteriores a esta última fecha les serán de aplicación los artículos 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores, en su redacción vigente tras la reforma parcial operada por la Ley 47/2007, y su normativa de desarrollo, en particular el Real Decreto 217/2008, en vigor desde el 17 de febrero de ese año.

Son aplicables al contrato litigioso, aparte de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores -en su redacción posterior a la Ley 47/2007-, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito -hoy derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito-; el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad también derogado por el Real Decreto 217/2008-; y la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, que igualmente fue objeto de derogación por la Orden EHA/1665/2010, de 11 de junio. Aparte de la sujeción de todos esos contratos a la Ley sobre condiciones generales de la contratación y, en caso de que el cliente bancario actuase en calidad de consumidor -lo que no es el caso-, a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

TERCERO.- *El deber legal de información en los contratos de permuto de interés*

La pretensión de nulidad del contrato de permuto de tipos de interés se formula por la representación de “ ” a partir de la invocación de la infracción, por parte de “Banco Santander, S.A.”, de la normativa específica sobre inversión y mercado de valores, infracción que, a juicio de la demandante, determinó un error en la prestación del consentimiento suficiente para que su representante legal no percibiera la dimensión real del contrato de swap y, especialmente, el riesgo financiero que entrañaba. Tal consecuencia se imputa a “Banco Santander, S.A.” por no haber informado con exactitud y antelación al cliente sobre las características del producto financiero contratado y por la compleja redacción del clausulado contractual.

Es indudable la relevancia que, en el ámbito de los contratos de carácter financiero, se otorga por la jurisprudencia y por la normativa aplicable al esencial derecho de información del cliente, cuya vulneración se viene catalogando como vicio determinante de error en el consentimiento. Doctrina y jurisprudencia entienden que es a la entidad bancaria a quien probatoriamente incumbe la demostración del cumplimiento de aquel derecho del cliente, y ello en virtud de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria a los que se refiere el párrafo 6º del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues parece evidente que es la propia entidad financiera la que goza de mayor accesibilidad a aquella fuente de prueba.

Viene declarando esta Sección en sus últimas resoluciones que el hecho de que las permutas financieras constituyan productos complejos indica que la libre y válida prestación del consentimiento por parte del inversor ha de ir precedida de la oportuna

información del producto facilitada por el oferente, sea una empresa de servicios de inversión o -como es el caso- directamente una entidad de crédito, y del cumplimiento de las restantes obligaciones precontractuales.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores -que, como se dijo, menciona expresamente, entre los instrumentos financieros sometidos a su ámbito, los contratos de permuto financiera de tipo de interés-, enuncia en sus arts. 78 y siguientes un amplio elenco de deberes que se asignan a las entidades financieras, entre ellos el de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. El art. 79 bis desarrolla aquel derecho a la información del cliente; se destacan, por lo que ahora interesa, los dos siguientes aspectos:

a) Se proporcionará a los clientes, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (apartado 3).

b) Cuando se presten servicios distintos de los de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él (apartado 7).

La redacción de aquellos preceptos procede de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo objeto estribó en incorporar al ordenamiento jurídico español, entre otras, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 24/1988, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008-, vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar, como reglas de comportamiento más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado,

que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

También el art. 64 del R.D. 217/2008, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, desarrollando las normas contenidas en la Ley 24/1988, dispone en su párrafo 1º que “las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas”. El párrafo 2º de la misma norma añade que “en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos”.

Toda la citada normativa en materia de información se justifica, como se destaca en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, porque ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la

medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

La misma resolución subraya que para entender bien el alcance de la normativa MIFID, de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, se ha de partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate.

CUARTO.- Grado de cumplimiento, por parte de la entidad bancaria demandada, de su deber de información sobre los productos contratados

Un análisis detenido de la documentación incorporada a las actuaciones y demás pruebas practicadas arroja la conclusión de que no puede estimarse en modo alguno que la entidad “Banco Santander, S.A.” haya cumplido satisfactoriamente la carga procesal que le incumbía en lo concerniente a la prueba de que proporcionó al cliente, antes de la suscripción del contrato, la información exigida legalmente. Ya se dijo que el contrato de permuta financiera de intereses, por su sofisticación, por su novedad en el mercado, y, especialmente, por el alto riesgo financiero que encierra, exige el suministro por parte de la entidad bancaria, con carácter previo a su suscripción, de la información necesaria para que, de forma exhaustiva y minuciosa, se haga conocedor al cliente de sus características, naturaleza y consecuencias.

Sin embargo, ha de reiterarse que se cuenta con los indicios necesarios para estimar que la repetida información no se transmitió en tales términos y condiciones, o al menos que se hizo de forma parcial e insuficiente. El documento contractual básico (documento número 3 de la demanda) está constituido por la precitada “confirmación de permuta financiera de tipo de interés”. Es cierto que dicho documento incorpora los aspectos básicos del contrato y los distintos supuestos de liquidación en los términos que han quedado expuestos, pero no lo es menos que se omite toda referencia a las características del instrumento, especialmente al alto nivel de riesgo económico a él inherente y a las consecuencias derivadas de una eventual cancelación anticipada.

Nada de ello puede deducirse de la expresión, tan indefinida como pobre tipográficamente, que reza “las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación”, y que se incorpora al anexo rotulado como “cláusulas adicionales”. En el mismo anexo se especifica que “el cliente declara que ha sido informado por “Banco Santander, S.A.” de que la realización de esta operación no es conveniente ni adecuada para él, atendiendo sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero objeto de la misma, lo cual el cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de ello, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa”. La trascendencia y alcance de esta observación se analizarán con posterioridad.

El segundo anexo describe el funcionamiento del swap flotante bonificado. Aparte de ensalzar la consistencia del producto “con una visión de los tipos de interés tanto de estabilidad como de subida o bajada moderada”, prevé que las partes puedan acordar la cancelación anticipada, con la advertencia de que la misma se realizará a precios de

mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente.

Junto con la confirmación de la permuta el cliente recibió, como se dijo, el contrato marco de operaciones financieras, que obra al documento número 2 de la demanda. Se trata de un documento que establece unas estipulaciones de carácter genérico y complejo, aparentemente aplicables a cualquier producto financiero que se contratara por el cliente, por lo que arroja escasa luz sobre las condiciones específicas del contrato de swap. Sí es destacable, sin embargo, que aunque se regula con amplitud la coyuntura de vencimiento anticipado, no se establecen con nitidez las consecuencias económicas que pudiese acarrear. El contrato marco se limita a consignar que en la hipótesis de vencimiento anticipado la parte no cumplidora determinaría el coste conforme a valor de mercado o, en su defecto, aplicando el criterio de valoración sustitutiva, conceptos que, aparte su inespecificidad, no pueden considerarse significativos para obtener la conclusión de que el administrador de “ ” fuera consciente y asumiera que su decisión de desistir unilateralmente del negocio podría conllevar un gravamen de cierta magnitud.

No se deja de reconocer que, tratándose de un contrato con rasgos de aleatoriedad, habría de aceptarse como razonable la previsión de una cláusula que estipulara una compensación económica equitativa a favor de una de las partes cuando la otra decidiera desistir unilateralmente del negocio, y ello porque, en otro caso, se generaría el inicuo efecto de que cualquiera de los contratantes, antes de la expiración del plazo pactado, podría, sin gravamen económico alguno, desligarse incondicionalmente del negocio en el momento en que los resultados del mismo no le fueran favorables. Pero tal consideración es compatible con la necesidad de regular específicamente tal posibilidad de desistimiento unilateral y de pre establecer, de forma sencilla y comprensible, las bases para el cálculo de aquella compensación económica, y obviamente de informar exhaustivamente al cliente sobre ello a fin de que este goce, como premisa básica de la conformación de su consentimiento -no se trata de un aspecto accesorio, como se postulaba por la recurrente-, de la facultad de sopesar la incidencia que en la decisión sobre la conveniencia o no de contratar el producto financiero debe predicarse, sin duda, del derecho que puede ostentar el cliente para apartarse del contrato antes de la expiración del plazo proyectado y las consecuencias económicas anudadas al repetido desistimiento.

Por lo demás, el contrato marco no contiene alusión alguna al riesgo del producto, salvo la etérea declaración de conocimiento contenida en el anexo de cláusulas adicionales, a la que anteriormente se hacía referencia, declaración que omite concretar y definir tal riesgo y sus potenciales consecuencias sobre el patrimonio del cliente.

Esta Sección, en su sentencia de 28 de mayo de 2014, entre otras, ya ha sentado que no cabe reconocer eficacia a la abstracta declaración de “conocimiento de los riesgos de las operaciones”, declaración que, ante la falta de prueba del contenido de la información ofrecida, se revela como una simple fórmula predisposta vacía de contenido (STS de 18 de abril de 2013, y arts. 5 y 7 LCGC)”.

Se resalta en la sentencia de instancia, y se conviene con ello, que los empleados de

“Banco Santander, S.A.” que depusieron como testigos durante el acto del juicio no aportaron dato ilustrativo alguno del que se pudiese inferir que se proporcionó a los responsables de “ ” una información cabal y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre las características y riesgos del swap. El Sr. Vallés, director de la oficina en la que se suscribió el contrato, apenas aportó dato ilustrativo alguno sobre las circunstancias de la contratación. Por su parte, la Sra. , que prestaba sus servicios en la gerencia de empresas de la entidad apelante, y que fue quien participó directamente en la venta del producto, admitió que informó al cliente que el objetivo del swap era sustituir el tipo variable por uno fijo sin incurrir en los costes que comportaría la modificación de la escritura de préstamo hipotecario, y que fue ella misma la que ofreció el instrumento al Sr. , haciéndole ver que sería beneficioso para sus intereses económicos. Por lo demás, la citada testigo afirmó que advirtió al cliente de que podían producirse liquidaciones negativas, pero sin mencionar que el riesgo del producto comprendiese la posibilidad de padecer notables pérdidas económicas.

La Sra. tampoco pudo precisar el contenido y alcance de la información precontractual, si es que existió, ya que reconoció que la mecánica del banco consistía en firmar todos los documentos en un mismo acto porque había que imprimirllos y enviarlos a la sección de tesorería antes de la tarde del día de la firma. Incluso llegó a asegurar que “se realizó el test de conveniencia porque era obligatorio”, cuando en el escrito de contestación se admite abiertamente, bajo el pretexto de que la entidad bancaria ya conocía el perfil del cliente, que dicho test no se cumplió.

Bajo aquellas premisas, no entraña especial dificultad inferir que la información suministrada por el personal al servicio de “Banco Santander, S.A.” no se ajustó a los parámetros legales que regulan el derecho de quienes contratan un producto financiero de la complejidad del swap. Y ello no solo en cuanto al momento en que se facilitó aquella información, ya que, como ha quedado expuesto, no consta que el representante legal de “ ” fuera ilustrado sobre las características y riesgos del producto con la suficiente antelación como para sopesar con la necesaria reflexión la conveniencia de su contratación -no cumple tal exigencia el hecho de que en el transcurso de las negociaciones del préstamo hipotecario “se le ofreciese el swap como alternativa”, tal como afirmó la testigo Sra. , sino también en relación con la insuficiencia de la información plasmada en los documentos que se proporcionaron al cliente, en los que, como también se ha razonado, no se describen con nitidez y transparencia los riesgos inherentes al instrumento financiero contratado.

La ya referida Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 destaca que es deber de la entidad financiera suministrar “al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía”.

Se comparte, por todo ello, la conclusión de la sentencia de instancia en cuanto estima que no se proporcionó a los responsables de “ ” la información suficiente y adecuada para conocer la relevancia y alcance de lo contratado.

QUINTO.- Especial consideración de la omisión de la cumplimentación del test de conveniencia

La argumentación expuesta en el escrito de contestación a la demanda y en el recurso acerca de la suficiencia de la información dispensada a la actora viene además viciada desde un principio por cuanto “Banco Santander, S.A.” omitió un trámite previo de preceptivo cumplimiento y capital en el contexto de la información precontractual, cual era la realización del correspondiente test de conveniencia.

Ha de recordarse que el art. 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo antecedente está constituido por el art. 19 de la Directiva 2004/39/CE, dispone en su párrafo 7º que “cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente”; y agrega que “cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él”.

Por su parte, el art. 73 del R.D. 217/2008, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, desarrollando las normas contenidas en la Ley 24/1988, dispone que “a los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el art. anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”, y el art. 74 enumera los datos mínimos que deben incluirse en la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente, datos relativos al producto financiero, a la experiencia previa del cliente en la contratación en el sector financiero, así como a sus conocimientos sobre el sector, en la medida que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes.

Ello comporta que las entidades deben asegurarse en todo momento de que cuentan con toda la información necesaria para sus clientes, y en concreto, en relación con la compra y venta de productos financieros, es necesario realizar el “test de conveniencia” para valorar los antedichos conocimientos y experiencia del cliente (tipo de productos con los que está familiarizado, naturaleza, frecuencia, volumen y periodo en que ha operado previamente y su nivel de estudios y profesión, actuales o anteriores).

El Decreto 217/2008 ya se hallaba aún en vigor en el momento de la suscripción del contrato objeto de autos (mayo de 2008), como también la modificación del art. 79 bis de la Ley 24/1988. El apartado 7 de este precepto no solo no admite ni regula la posibilidad de que el cliente renuncie a facilitar la información a la que se refiere, sino

que prevé expresamente, como se anticipó, que en la hipótesis de que el cliente no proporcione la información indicada en dicho apartado o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

El precepto no admite otra interpretación, y menos cuando se trata de una materia que afecta directamente al derecho de información del cliente, y que por ello debe ser objeto de tratamiento restrictivo. La cumplimentación del test de conveniencia se configura como un imperativo legal en la fase precontractual de la operación de swap, porque su omisión impide que la entidad de inversión pueda determinar si el producto financiero es adecuado o no para del cliente, lo que en la práctica equivale a la imposibilidad de suscribir la correspondiente operación. Debe subrayarse además que el propio art. 74, en su apartado 2, destaca que en ningún caso las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del art. 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio.

Se argumentaba por la recurrente que no se practicó el test de conveniencia porque la entidad bancaria ya era conocedora del perfil financiero de la empresa actora, pero se reitera, aunque así fuera, que ello no exime, conforme a la normativa analizada, de la obligada cumplimentación del trámite, cuyo designio estriba en determinar la conveniencia de la inversión. Ha de advertirse, además, que fue la propia entidad bancaria la que, pese a haber prescindido del test de conveniencia, catalogó la operación como "no conveniente ni adecuada para el cliente", según se desprende del documento de cláusulas adicionales (folio 49 de autos), y, pese a ello, ofertó y vendió el swap. Desde tal perspectiva, no puede sino calificarse de negligente la comercialización de un producto de esta índole cuando la propia entidad bancaria lo conceptúa como inadecuado para el cliente.

La ya referida Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 se ocupa de incidir especialmente en la necesidad de que la realización de los tests de conveniencia e idoneidad, en sus respectivos casos -mera actividad comercializadora de la entidad bancaria o prestación de servicios de asesoramiento, respectivamente-, quede suficientemente acreditada. Y resalta que en la omisión del test, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de conocimiento sobre el producto y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

Debe razonablemente colegirse, a la luz de las anteriores consideraciones, y singularmente de la circunstancia de que no consta que se entregara documento informativo alguno con carácter previo a la suscripción del contrato de permuto financiera y de que no se practicara el test de conveniencia, que el apoderado de .." no solo no recibió la documentación legalmente exigible, sino que tampoco dispuso ni de oportunidad ni de tiempo material para leer los documentos que sí se le presentaron a la firma, y menos aún para alcanzar a comprender su alcance, con lo que no se cumplió con los objetivos perseguidos por la legislación anteriormente mencionada y analizada.

Ha de apuntarse al respecto que el art. 48,2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece la necesidad de que la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes se proporcione con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, a lo que ha de agregarse que recientemente la CNMV ha trasladado a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, y a la Subcomisión de Economía del Congreso de los Diputados la conveniencia de introducir en la normativa un período mínimo de reflexión previo a la contratación de determinados productos, que permita al inversor adoptar una decisión más y mejor informada.

Sobre el patente riesgo inherente a la contratación del swap poco más puede añadirse a la luz de las liquidaciones negativas devengadas, casi inmediatamente, y de forma progresivamente creciente, en contra de “...” (vid. documentos números 4 y siguientes de la demanda), lo que debe enlazarse, por la patente desproporción de aquellos resultados y su devengo de modo inmediato desde el inicio de la operación, con una información insuficiente acerca de aquel riesgo.

SEXTO.- Consecuencias de la insuficiente información previa: nulidad del contrato de swap e inexistencia de la confirmación pretendida por la recurrente

De lo hasta ahora razonado ya puede inferirse sin dificultad que la entidad bancaria no cumplió con rigor el deber de información que le incumbía para con el cliente, al haber omitido aspectos esenciales del contrato con potencialidad suficiente para inducir a error a los responsables de la mercantil actora acerca de su concepción del alcance, naturaleza y riesgo del negocio, error que, por ello, vició manifiestamente su consentimiento.

La ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 aborda con precisión la incidencia del error en el consentimiento en el contexto específico de la contratación de swaps. Proclama con rotundidad que concurre error vicio en la contratación de un swap “cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea”. La misma resolución incide en que el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero es indudable que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este

caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

Debe admitirse, en el supuesto que se enjuicia, que concurren con nitidez los requisitos expuestos por el Alto Tribunal en relación con la nulidad contractual en el ámbito de la suscripción de swaps. Ya se han expuesto con extensión suficiente las razones por la que, como consecuencia directa del incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su deber de información, los responsables de “

” no llegaron en ningún momento a captar la verdadera dimensión jurídica y económica del contrato de swap. Ese desconocimiento, provocado esencialmente por la falta de información precontractual, versó sobre aspectos esenciales del negocio, con especial mención del altísimo riesgo financiero a él aparejado en la hipótesis de caída brusca de los tipos de interés; el error, por ello, recayó sobre condiciones contractuales básicas, y debe razonablemente presumirse, atendidas las circunstancias, naturaleza y consecuencias del negocio, que el representante legal de la actora no se hubiera decantado por la contratación en el caso de haberse percatado cabalmente de la aplicabilidad y alcance de aquellas condiciones contractuales.

No puede considerarse trascendente a los efectos de la excusabilidad del error, en contra de lo pretendido por la recurrente, que el Sr. _____ optase por contratar el producto pese a que le fue desaconsejado por su hija, que presta servicios laborales en una entidad bancaria, y ello porque lo único que admitió durante la diligencia de interrogatorio el administrador de “_____” fue que el día antes de la firma su hija le sugirió que “no firmase nada”, pero sin que conste que ni uno ni otra tuvieran completo conocimiento del producto ofertado por la entidad bancaria.

Se trataba, además, de hechos o condiciones desconocidos para el cliente, y eran desconocidos no solo por la novedosa y recentísima irrupción en el mercado financiero y mercantil del producto contratado, cuyas características, por ello, solo eran conocidas por expertos financieros y empresas de inversión, sino también porque el cliente no fue informado de tales extremos por quien venía obligado a ello, y se debe reiterar al respecto lo ya razonado acerca de la insuficiencia de la documentación entregada y de la información proporcionada por parte de los empleados de “Banco Santander, S.A.”.

En definitiva, concurren suficientes razones para estimar que el consentimiento prestado por el administrador de “ ” resultó viciado por la falta de información previa sobre aspectos contractuales relevantes y exigidos imperativamente por la Ley y por la buena fe, lo que le indujo a error sobre el contenido del contrato que suscribió, al carecer de la información precisa para tomar cabal conocimiento del alcance de los derechos y obligaciones inherentes al mismo, en los términos expuestos. Se trata, por tanto, de un consentimiento en cuya prestación concurrió error esencial, se entienda este error referido al objeto del contrato o a las condiciones del mismo que hubiesen dado motivo a celebrarlo (art. 1.266 del Código Civil).

En último término, tampoco es de apreciar convalidación tácita alguna del negocio por parte de la empresa demandante. Esta Sección viene declarando que aquel mecanismo de exclusión de la acción de invalidación requiere del conocimiento de la causa de la nulidad por parte de quien desarrolla un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla y además que la misma haya cesado, conforme establece el artículo 1.311 CC, y lo cierto es que no consta que el responsable de “ ”

“ ” fuera consciente, durante el plazo de vigencia de la permuta financiera, de la concurrencia de una causa susceptible de determinar la nulidad del negocio, y en todo caso su disconformidad con el producto contratado queda patente desde el momento en que, una vez devengadas las primeras liquidaciones negativas, se personó en la entidad bancaria en varias ocasiones para pedir explicaciones -así lo reconoció el testigo Sr. - y decidiera poner fin al contrato anticipadamente pese al gravamen económico que ello le comportó. Todo ello excluye la apreciación de acto alguno del que pudiera deducirse la pretendida confirmación del contrato.

La sentencia de instancia, en definitiva, debe confirmarse.

SÉPTIMO.- Costas

La desestimación del recurso determina la expresa imposición a la apelante de las costas devengadas en esta alzada (art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

OCTAVO.- Recursos

A los efectos del artículo 208 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se indica que contra la presente sentencia -dictada en un juicio ordinario de cuantía inferior a 600.000 euros- cabe recurso de casación siempre que la resolución del mismo presente interés casacional, y recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, o ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya si la casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán, de conformidad con los artículos 477.2 , 3º y 478.1 y la disposición final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y los artículos 2 y 3 de la Llei 4/2012,

de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil en Catalunya.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación,

F A L L A M O S:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por “Banco Santander, S.A.”, representada en esta alzada por el Procurador Don Ildefonso Lago Pérez, y, consiguientemente, confirmar la sentencia dictada en fecha 2 de mayo de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Mataró en los autos de juicio ordinario número , promovidos a instancias de “ ”, representada en esta alzada por la Procuradora Doña Anna Charques Grifol.

Se imponen a la apelante las costas devengadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15^a de la LOPJ.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación siempre que la resolución del mismo presente interés casacional, y recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, o ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya si la casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán, de conformidad con los artículos 477.2,3 ° y 478.1 y la disposición final 16^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y los artículos 2 y 3 de la Llei 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil en Catalunya. El recurso deberá, en su caso, ser interpuesto por escrito y presentado ante este tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución.

Firme esta resolución, expídase testimonio de la misma, el cual, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra resolución, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.