

CRISTINA BORRAS MOLLAR
Procuradora dels Tribunals
Consell de Cent 382, 2º 2ª
08009 BARCELONA
Tel. 93 207 10 99 - Fax 93 458 16 69
cristinaborras@telefonica.net

Ref. Proc.: A6035 / Cliente:
Abogado: JORGE FUSET DOMINGO S/Ref.:
Fax: 933429732
Jdo.: AUDIENCIA PROVINCIAL 1ª
Autos: RECURSO DE APELACION Núm. 948/12-B

, S.L.

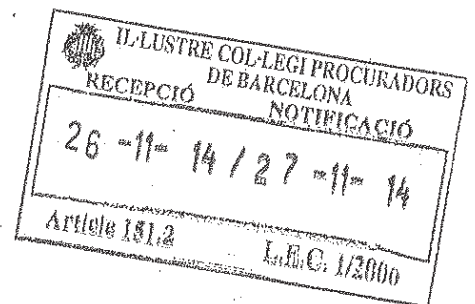
AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN PRIMERA

ROLLO Nº 948/12

Procedente del procedimiento ordinario nº 947/10

Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Igualada



SENTENCIA Nº 532

Barcelona, a veintiu de novembre de dos mil catorce.

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **Doña Mª. Dolors PORTELLA LLUCH**, **Doña Amelia MATEO MARCO** y **Don Antonio RECIO CÓRDOVA**, actuando la primera de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **948/12**, interpuesto contra la sentencia dictada el día 24 de julio de 2012 en el procedimiento nº 947/10, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Igualada en el que es recurrente **, S.L.** y apelado **BANCO SANTANDER, S.A.** y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: "SE DESESTIMA íntegramente la demanda interpuesta por la entidad

, S.L., contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A.

Las costas del presente procedimiento se impondrán a la demandante."

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Doña M^a. Dolors PORTELLA LLUCH.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio. Sentencia y Recurso de apelación.

La mercantil , SL instó demanda contra Banco Santander SA en la que peticionó se dictara sentencia en los siguientes términos:

- Se declare la nulidad del contrato suscrito entre las partes litigantes consistente en permuta financiera ligada a la inflación.
- Se condene a la demandada a la restitución de los importes abonados por la actora en virtud del referido contrato.

- Se condene a la demandada al pago de los intereses legales de las cantidades restituidas.
- Se condene a la demandada al pago de las costas.

La demandante fundamentaba su pretensión en haber sufrido error invalidante del consentimiento porque cuando suscribió el contrato en cuestión no tenía conciencia de su naturaleza al no haber sido informada, y que lo suscribió en la creencia de que era la documentación que precisaba para la renovación de la póliza de descuento de efectos que mantenía con la demandada desde el año 2000, conociendo de la existencia del mencionado contrato de swap al recibir la primera liquidación en fecha 13 de julio de 2009, por la cantidad de 3.681,35 euros, momento en que acudió a la entidad financiera y donde obtuvo copia del documento suscrito, de la que hasta entonces había carecido.

A juicio de la actora, por la entidad financiera demandada se habían incumplido las obligaciones legales contenidas en la ley 47/2007 y RD 217/2008, referidas a la información precontractual pues no practicó ni el test de conveniencia ni el de idoneidad, y tampoco la advirtió de los riesgos inherentes al contrato, incumpliendo asimismo el deber de información postcontractual ante la contradicción de las liquidaciones presentadas.

La entidad demandada se opuso a la reclamación con los argumentos que de manera resumida indicamos: a) toda empresa cuya cuenta de pérdidas y ganancias se vea afectada por el IPC puede estar interesada en suscribir un swap inflación, b) no hubo mala fe de esta parte pues el descenso de la inflación se inició en agosto de 2008 aunque admite que los estudios económicos preveían una inflación para 2008 inferior al 4%, c) la actora refirió a esta parte el aumento de los costes debido a la inflación (personal, compras) y por ello se le ofreció el swap, d) la renovación de la póliza de descuento se firmó en diciembre

de 2009, por lo que no hubo imposición alguna en la firma del swap, e) las partes manifestaron conocer los riesgos y el importe nominal del swap coincide con los gastos de la empresa, f) la actora tenía plena información y suscribió el test de idoneidad, g) se explicó a la actora que la inflación llevaba años subiendo, que se presumía que debía bajar en algún momento pero seguía subiendo, g) el banco actuó de buena fe porque no podía prever que la inflación se desplomaría en septiembre de 2008, h) el contrato era claro lo que impide la existencia de error pero en todo caso, y de haber existido, no sería excusable.

La sentencia dictada en la instancia desestimó la demanda al entender que *"De la prueba obrante en autos y de la practicada en el acto de la vista no ha resultado probado que en la suscripción del contrato de permuta ligada a inflación de fecha 10 de julio de 2008 por la demandante a través de su administrador, Sr. López Seuba, con la demandada, hubiera mediado error en la prestación del consentimiento por parte del administrador de la entidad demandante"*.

Frente a la indicada resolución ha planteado recurso la representación de la parte actora que fundamentó en las consideraciones que de manera resumida indicamos:

a) Vulneración del artículo 218 LEC al no resolver el debate abierto entre las partes ni dar respuesta a las alegaciones relativas a la inadecuación de los documentos presentados a la legislación específica que los regula, confundiendo inclusive el contrato firmado al calificarlo de swap tipo de interés pese a ser un swap de inflación.

b) Errónea valoración de la prueba practicada remitiéndose la apelante a las declaraciones testificales y al interrogatorio de parte efectuados en el acto de la vista, frente a los que ninguna prueba opuso la demandada que renunció

inclusive a la testifical de su empleado Sr. Casares.

c) La permuta financiera suscrita por esta parte exigía el cumplimiento de la normativa MIFID que no fue respetada, y sin que se tuviera en cuenta la distinción entre clientes profesionales y minoristas.

d) El contrato suscrito está sujeto a las exigencias de transparencia, claridad, concreción y sencillez que exige la ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación.

e) El contrato suscrito es nulo por error en el consentimiento por falta de información, recayendo el error sobre el objeto del contrato, lo que debe comportar su declaración de nulidad.

SEGUNDO.- Naturaleza de los contratos suscritos entre las partes.

El contrato titulado "Confirmación Swap ligado a inflación" reseña como "Fecha de la Operación" el día 9 de julio de 2008, y junto al mismo, ambas partes aportan el denominado "Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)" que lleva fecha del 10 de julio de 2008.

En este contrato CMOF se expone que *"es voluntad de las partes mantener una relación comercial que se materializará en la realización de determinadas operaciones financieras, que se desea constituyan una relación comercial única que contemple como un contrato las distintas operaciones financieras realizadas"*, y al definir la naturaleza del acuerdo indica que *"el presente documento (que conjuntamente su parte dispositiva y los Anexos I y II forman una unidad) tiene el carácter de contrato marco"*.

La lectura del expresado documento pone de manifiesto que se trata de un contrato de adhesión sometido a la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en tanto se halla formado por cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por la entidad financiera ahora demandada. Pero además, el expresado contrato es de nula eficacia clarificadora, a los efectos de comprender el alcance de la permuta financiera suscrita, atendido su contenido genérico aplicable a una gran variedad de contratos financieros e inclusive a una gran variedad de permutas financieras, por lo que nada aporta a los efectos informativos que son precisos para configurar la voluntad negocial.

Según lo explicado, en fecha 9 de julio de 2008, es decir, un día antes de la firma del CMOF, las partes suscribieron el documento denominado *"Confirmación Swap Ligado a Inflación"*, en cuyo contenido denominaron a la operación como *"Permuta Financiera ligada a Inflación"*, con fecha de inicio el 17 de julio de 2008 y fecha de vencimiento el 11 de julio de 2013.

El importe nominal de referencia pactado fue de 100.000 euros y se concertaron periodos de liquidación de carácter anual, de manera que según el apartado A) el Banco se comprometía a pagar los importes variables que resultaran de multiplicar *"Importe Nominal x Tasa de Inflación Acumulada"*, en tanto que conforme al apartado B) el Cliente debía pagar un importe fijo según la formula *"Importe Nominal x Tipo Fijo Acumulado"*, señalando que el tipo fijo se establecía en el 3,60%.

Al contrato se adjuntó un Anexo en el que se definió el producto como *"Un intercambio de flujos entre el Cliente y el Banco, en el que el Cliente va a recibir un importe variable que estará en función de la inflación española acumulada en cada uno de los periodos de referencia a cambio de pagar una serie de importes fijos calculados en función de un tipo fijo- conocido desde el*

inicio- Con este tipo el Cliente se asegura pagar una tasa de inflación a cambio de recibir una tasa variable". Y dentro del apartado denominado "Escenarios", se reseñaba que "El resultado final de la estrategia dependerá del comportamiento de la inflación respecto del tipo fijo en el conjunto de periodos", de manera que si la Tasa de Inflación Acumulada era inferior al Tipo Fijo Acumulado, la liquidación era negativa para el cliente que pagaba la diferencia sobre el nominal concertado (i), si la Tasa de Inflación Acumulada era igual al Tipo Fijo Acumulado, el resultado era neutral para el cliente (ii), y finalmente, si la Tasa de Inflación Acumulada era superior al Tipo Fijo Acumulado, el resultado era positivo para el cliente que recibía la diferencia sobre el nominal contratado (iii).

Vistas las especificidades del contrato de autos, es de interés vislumbrar, con carácter general, las principales características de la permuta financiera (swap):

a) Es un contrato atípico, en el sentido de que no está regulado por la ley, si bien lo contempla el apartado segundo de la ley 47/2007 que modificó la ley 24/1988, del Mercado de Valores.

b) Es un contrato que la ley indicada 47/2007 califica de complejo (art. 79 bis), por lo que precisa de información adecuada al usuario de los servicios bancarios que no tenga la cualificación de profesional financiero.

c) Es un contrato sinalagmático que genera reciprocidad de derechos y de obligaciones.

d) Es un contrato principal y autónomo, esto es, que no depende de ningún contrato subyacente sino que las obligaciones que se generan para las partes contratantes son independientes de los contratos de financiación cuyo riesgo de tipo de interés se pretende mitigar mediante el swap.

e) Es un contrato consensual, porque se perfecciona desde el momento en que las partes lo suscriben.

f) Es un contrato de carácter oneroso ya que las partes pretenden la obtención de alguna ventaja de carácter económico.

g) Es un contrato conmutativo y no puramente aleatorio porque las partes conocen sus deberes y obligaciones en el momento de su celebración, de manera que la aleatoriedad queda limitada al concreto importe de las prestaciones que periódica y recíprocamente se habrán de satisfacer, y sin perjuicio de que la referida aleatoriedad pueda compensarse en la proporción que se convenga.

h) Es un contrato de tracto sucesivo porque su ejecución no se consuma en un momento único sino que implica la realización de sucesivas y recíprocas operaciones de liquidación.

En síntesis, la doctrina ha definido el contrato de permuta financiera como un contrato mercantil en virtud del cual dos partes, denominadas usuarios finales, se obligan a hacerse pagos recíprocos en fechas convenidas, en la misma o distintas monedas, estableciéndose las cantidades que mutuamente han de abonarse de forma cierta y en base a módulos objetivos.

Por consiguiente, y a la vista de lo indicado puede concluirse que la modalidad de permuta financiera suscrita entre las partes es la conocida como swap inflación, que puede definirse como un producto derivado, referenciado a la evolución que experimente la inflación (art. 2-8 LMV), y cuyo interés para el cliente puede radicar bien en la pura especulación, bien en conseguir una cierta protección frente a las subidas que experimente la inflación, lo que puede

resultar útil para empresas cuya balanza de cobros y gastos esté fuertemente vinculada a la evolución de la indicada variable, como ocurre, por ejemplo, con las que gestionan alquileres o concesiones administrativas que se actualizan con el IPC.

De ahí la importancia de que la entidad financiera identifique con rigor la categoría del cliente al que ofrece el indicado producto y estudie su idoneidad.

TERCERO.- Identificación del tipo de cliente al que va destinado el producto.

A tal efecto, el artículo 78 bis de la ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la ley 24/1988 del Mercado de Valores, dispone que las empresas de servicios de inversión *"clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas"* e *"Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios"*. El artículo 78 ter regula las operaciones con contrapartes elegibles.

Según el art. 78 bis *"Tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presuma experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos"*. En particular, y conforme al texto legal, tendrán la consideración de cliente profesional, las entidades financieras (i), los Estados y Administraciones regionales (ii), los empresarios que reúnan al menos dos de las siguientes condiciones, que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros, que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros, que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros (iii), los inversores institucionales (iv), los demás

clientes que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas (v).

A sensu contrario, se consideran clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales.

Interesa destacar la posibilidad, admitida por la ley, de que un cliente minorista renuncie a su tratamiento como tal, para lo cual y con la finalidad de asegurarse de que el cliente es capaz de calibrar las consecuencias de tal solicitud, la norma exige que se cumplan al menos dos de los requisitos que indicamos, a saber, que el cliente haya realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores (i), que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros (ii), que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos (iii).

Pero para que un cliente minorista pueda ser tratado como profesional, el artículo 61 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, ha de observarse el siguiente procedimiento:

a) El cliente debe pedir por escrito a la entidad su clasificación como cliente profesional.

b) La entidad debe advertirle claramente por escrito de las protecciones y posibles derechos de los que se vería privado.

c) El cliente debe declarar por escrito, en un documento distinto al del contrato, que conoce las consecuencias derivadas de su renuncia a la

clasificación como cliente minorista

De la documental obrante en autos se infiere que la demandante es un cliente minorista, puesto que está acreditado y nadie ha discutido el hecho de que la entidad actora tiene como objeto social *"la prestación de servicios de estudios, análisis de procesos para su tratamiento mecánico, programación de equipos electrónicos, de registro de datos en soportes de entrada para ordenadores, así como la venta de programa"* (f. 122), lo que la excluye de la condición de entidad financiera, y además consta que su volumen de negocio está muy alejado de los parámetros que refiere el artículo antes citado (f. 103-105), de manera que la única forma de que el cliente en cuestión hubiera perdido la expresada condición de minorista sería a través de una renuncia expresa.

La entidad demandada no acredita que el producto fuera conveniente para el cliente y se limita a afirmar en su escrito de contestación que la empresa tenía costes afectados por la inflación, extremo que ni siquiera intentó probar ya que en el acto del juicio la demandada se limitó a preguntar al legal representante de la actora el cual refirió que el contrato de alquiler estaba sometido al IPC pero que ignoraba su incidencia.

Pero además, el legal representante de la actora manifestó que jamás había contratado productos de riesgo, extremo que la demandada no desvirtúa, y no ha cumplido ninguna de las exigencias formales a que nos hemos referido al transcribir el artículo 61 del RD 217/2008, toda vez que ni hay escrito alguno del cliente solicitando ser clasificado como profesional, ni existe una advertencia clara y también por escrito de la entidad demandada acerca de las protecciones y posibles derechos de los que podría ser privado, y finalmente tampoco existe manifestación escrita del cliente, en un documento distinto del contrato, indicando que conoce y acepta las consecuencias de su renuncia a la condición de minorista.

La cláusula denominada "*Conocimiento de los riesgos de la Operación*" inserta en el contrato, no cumple ninguna de las exigencias legales reseñadas pues ni está separada del contrato como es preceptivo ni contiene información relevante acerca de las consecuencias derivadas de la pérdida de la condición de minorista, ni en cualquier caso, sirve para conocer los riesgos derivados de la operación que nos ocupa, en la medida en que se limita a efectuar una declaración genérica de riesgos e incluye una manifestación de las dos partes en el sentido de que ninguna de ellas ha asesorado a la otra, en clara contradicción con el tercer párrafo de la misma cláusula en la que el Banco reconoce que la Operación queda enmarcada en el ámbito del servicio de asesoramiento por el Baco Santander, poniendo de manifiesto la calculada actuación de la entidad financiera que expresa una cosa y su contraria, con la finalidad de utilizar un u otra en función del desarrollo posterior de los acontecimientos.

CUARTO.- Deber de información a cargo de la entidad financiera.

Es prioritario destacar que corresponde a la entidad demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente a la ahora demandante de la naturaleza y efectos del producto (i), así como de que era idóneo para las necesidades y características del cliente (ii).

Esta distribución de la carga de la prueba resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en el párrafo último del artículo 217 LEC, en el sentido de que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio, y es claro que la demandada está en mejor situación para acreditar los extremos indicados pues conocía el producto que ofertó y llevó la iniciativa en su contratación.

Pero además y fundamentalmente, la expresada carga probatoria se infiere de la correcta aplicación de la Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID), trasladada a la legislación española mediante la ley 47/2007, de 19 de diciembre que modificó a ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de Valores, y el RD 217/2008, y uno de cuyos principios cardinales (según su Exposición de Motivos), es *"reforzar las medidas dirigidas a la protección de los inversores"*, indicando que *"Precisamente como consecuencia de la creciente complejidad y sofisticación de los productos de inversión y el constante aumento en el acceso de los inversores a los mercados, la protección del inversor adquiere una relevancia prioritaria, quedando patente la necesidad de diferenciar entre distintos tipos de inversores en función de sus conocimientos"*.

En este orden de cosas, es especialmente relevante la disposición contenida en el artículo 79 de la ley reseñada impone a las entidades que presten servicios de inversión el deber de *"comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes"*, y el contenido del artículo 64 del RD 217/2008 ya citado, que exige a las entidades que prestan servicios de inversión que proporcionen a sus clientes *"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"*.

QUINTO.- Valoración de la prueba practicada en el juicio.

En el transcurso de su interrogatorio el legal representante de la entidad actora expresó con claridad que a través de su empleada Dña. Ana Fábregas, solicitó del Banco Santander el descuento de dos facturas y que los documentos ahora discutidos se suscribieron en el curso de la expresada operación, ignorando su naturaleza y con total ausencia de información por parte de la

entidad financiera.

Esta manifestación fue rotunda y claramente ratificada por la mencionada Sra. Fábregas que actuó como testigo, y también por Dña. Sonia Farran, que intervino en igual condición, sin que la entidad financiera haya intentado siquiera desvirtuar tales manifestaciones con la declaración del empleado del Banco que según estas declaraciones acudió a la sede de la empresa demandante para recabar las firmas necesarias y que el Sr. López suscribió en las casillas que le habían sido marcadas con una cruz, en la creencia de que no tenían otro objetivo que la operación de descuento indicada.

Por tanto, a juicio de esta Sala y discrepando de la valoración efectuada en la instancia, la entidad demandada no practicó ninguna prueba acreditativa de que obró con la diligencia que legalmente le viene impuesta de informar a su cliente sobre la naturaleza del producto concertado, toda vez que si las entidades financieras tienen el deber de informar a sus clientes de los productos financieros que suscriben, es de su cargo acreditar que efectivamente han cumplido con el expresado deber, y al no haberse demostrado por la demandada que remitiera información del swap antes de su firma ni el omento de la misma, y mucho menos que lo hiciera con la claridad y exactitud que le legalmente exigible, hemos de concluir que esta información no fue correcta y que la demandada incumplió el deber que legalmente le corresponde, sin que sea lícito desplazar en la entidad actora la exigencia de una diligencia que excede de su cualificación, y que supondría, en la práctica, vaciar de contenido la normativa que regula las obligaciones que tienen en este concreto extremo las entidades financieras.

En efecto, ya hemos visto que el objeto social de la entidad actora no depende de manera directa de la subida del IPC, por lo que no era candidata idónea para el producto, y además, no hay constancia de que se le comunicara

que la documentación presentada a la firma suponía un negocio jurídico distinto del que vinculaba hasta entonces a las partes y mucho menos del riesgo que el producto entrañaba, y no es creíble que el administrador hubiera manifestado el daño que le podía causar la inflación porque no hay ni el más leve indicio de que así fuera, de manera que la parte demandada no ha demostrado la relación entre la actividad empresarial de la demandante y la subida del IPC que pudiera justificar el referido producto, por lo que al no ser así, se convertía en un medio puramente especulativo ajeno por completo a la situación financiera de la actora.

Pero es que además, en el contrato de permuta financiera el beneficio de una de las partes conlleva el perjuicio para la otra, por lo que el deber de información se presentaba aún con mayor exigencia (art. 70 quater ley 24/1988 y art. 44 RD 217/2008), resultando fuera de lugar y ajena a la naturaleza del contrato la manifestación de la demandada en su escrito de contestación en el sentido de que "de haber sabido el desenlace de la inflación ni la actora ni esta parte hubiesen suscrito el contrato" porque es obvio que la bajada de la inflación beneficiaba al Banco y perjudicaba al cliente.

SEXTO.- Test de conveniencia y test de idoneidad.

La entidad financiera está obligada a realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el artículo 79 bis-7 de la ley 47/2007 antes indicada, cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, y un test de idoneidad, en aplicación de lo establecido en el apartado 6 del mismo precepto, en el caso en que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada.

A la vista de las mencionadas obligaciones, es preciso reiterar que el swap es un producto financiero complejo, incluido en el artículo 2 de la Ley del

Mercado de Valores, y que así ha sido considerado por el TJUE en su sentencia de 30 de mayo de 2013, al entender que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con el objetivo de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés, constituye un "*servicio de asesoramiento en materia de inversiones*" y como tal, deberá efectuarse siempre la evaluación prevista en el artículo 19-4 de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, que abarca la idoneidad y la conveniencia del servicio prestado.

Por tanto, a la vista de la naturaleza del contrato de autos, la entidad financiera debió dar cumplimiento a ambas exigencias.

De un lado, y en tanto que asesora de un producto de riesgo, estaba obligada a efectuar al cliente el test de idoneidad en los términos del artículo 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, a fin de asegurarse que el producto recomendado cumplía las condiciones previstas en la norma, en el sentido de responder a los objetivos de inversión del cliente, integrar un riesgo asumible para el cliente, y que este contaba con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos de la transacción, lo que no cumplió, pues ya hemos visto las circunstancias en que se desarrolló la firma de los contratos, además de que la entidad financiera ni tan siquiera ha podido aportar el documento original acreditativo de la efectiva suscripción del test de idoneidad, de modo que aún en el caso de que el test hubiera sido efectivamente suscrito por el Sr. López (extremo que puso en duda la referida parte), ha quedado claro que lo fue en una situación que se halla en las antípodas de lo que debe ser una buena práctica bancaria.

Por otro lado, la entidad financiera estaba obligada a practicar el test de conveniencia que conforme al artículo 73 del RD 217/2008, tiene como objetivo asegurarse de que el cliente posee los conocimientos y la experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto, lo que incluye la

determinación de los tipos de instrumentos financieros con los que el cliente estuviera familiarizado (i), la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hubieran realizado (ii), y el nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resultaran relevantes (iii). El mencionado test no se practicó.

Lo expuesto no lleva a concluir que la demandada no cumplió ninguna de estas exigencias.

SEXTO.- Vicio de la voluntad. Error en el consentimiento.

Los hechos acreditados ponen de manifiesto que estamos ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el art. 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, de 17 de diciembre de 2008), reconociendo tal precepto el derecho de la parte de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada.

Se trata por ello de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada.

Obsérvese que el concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la

Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII Enero 2009), y así el art. 1298 CC presenta la siguiente redacción:

"1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas. 3 Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error..."

No parece distinto el criterio que nuestra doctrina ha ofrecido respecto al tratamiento del error, y así De Castro sostiene lo siguiente:

"El error relevante como vicio del consentimiento consiste en la creencia inexacta, respecto de algún dato que se ha de valorar como motivo principal del negocio, según y conforme resulte de la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias del negocio. Se requiere una disconformidad entre lo que se considera presupuesto del negocio (p.ej., lo que se debe dar o hacer) y el resultado que ofrece la realidad (lo dado o lo hecho). El dato respecto al que existe el error ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio, para quien alegue el vicio y, además, que, en sí mismo, pueda ser considerado base del negocio (condición sine qua non), teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan

dado lugar al negocio".

En igual sentido se viene pronunciando la jurisprudencia de la Sala 1º del Tribunal Supremo que en la sentencia de 22 de mayo de 2006 , entre otras, señala que *"para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004)"* , añadiendo más adelante que *" y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración"*.

Como recuerda la reciente STS de 21 de noviembre de 2012, *hay error vicio 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. Y es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -pacta sunt servanda- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado (...)* La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente

rigurosos".

Finamente, la STS de 20 de enero de 2014 especifica lo siguiente:

"El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones es correcto, la representación equivocada de cual sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, 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 de voluntad seriamente emitida".

SÉPTIMO.- Excusabilidad del error.

I.- Acerca de este extremo resulta esclarecedora la STS de 20 de enero de 2014, al destacar que *"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"*, añadiendo que la *"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 expresada resolución concluye que “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”.

Estas consideraciones son ya doctrina consolidada y el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de julio de 2014 describe la referida doctrina en los siguientes términos:

La doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando hay un servicio de asesoramiento financiero puede resumirse en los siguientes puntos:

<<1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en

este caso el swap.

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV) es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no el incumplimiento del deber de información.

4 . El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa 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.

5 . En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap , como si al hacerlo este tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite 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>>.

OCTAVO.- Conclusión.

Corolario de lo explicado ha de ser la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia pues el Banco incumplió el deber de información que le era exigible conforme a las reglas de la buena fe contractual, además de infringir el deber de practicar el test de conveniencia y de eludir el resultado del test de idoneidad porque el producto no era adecuado para el cliente, provocando en la parte actora que no recibió información ni asesoramiento alguno, la creencia errónea e insalvable dada su escasa experiencia y la relación de confianza existente con la entidad financiera, de que los contratos de autos estaban relacionados con la póliza de descuento que tenía concertada, sin que recibiera información alguna del riesgo que la suscripción suponía y que le ha generado un importante perjuicio.

Es cierto que el principio *pacta sunt servanda* requiere una interpretación rigurosa a la hora de acordar la anulación de un negocio jurídico, pero también lo es que el mismo rigor debe aplicarse a las entidades financieras para exigirles que acrediten que cumplieron el deber de información, y los test de conveniencia y de idoneidad que con tanto detalle regula la actual legislación y que evidencia el deseo del legislador de proteger al cliente, en especial al minorista, frente a la conducta persuasiva y avasalladora de las referidas entidades y de la confianza que generan en los clientes, por lo que el incumplimiento de las expresadas obligaciones ha de constituir, como señala la doctrina jurisprudencial citada, una presunción de la concurrencia del error que no solo no ha sido desvirtuada por la demandada ahora apelante sino que las pruebas practicadas han demostrado que la parte actora no podía conocer el alcance de los productos que suscribió dada la nula información referida y la complejidad y escasa claridad de los contratos firmados.

Por tanto, procede la estimación de la demanda y de acuerdo con lo peticionado, declarar la nulidad del contrato denominado de "Permuta Financiera

ligada a la Inflación" (doc. 11 de la demanda y 2 de la contestación), y condenar a la parte demandada a que reintegre al actor las cantidades abonadas en virtud del expresado contrato que generarán el interés legal del dinero de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1108 del Código civil.

NOVENO.- Costas.

La estimación de la demanda conlleva que se impongan a la parte demandada las costas de la instancia sin que sea procedente hacer expresa imposición en las de esta alzada (art. 394 y 398 LEC).

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de SL contra la sentencia de 24 de julio de 2012 dictada por la Sra. Juez del juzgado de primera instancia número 2 de Igualada que revocamos íntegramente y en su lugar acordamos estimar la demanda interpuesta por SL contra Banco Santander SA, declarar la nulidad del contrato de "Permuta Financiera ligada a la Inflación" y condenar a la demandada al reintegro de las cantidades abonadas por la actora en virtud del expresado contrato, que se determinen en ejecución de sentencia, y al pago del interés legal del dinero.

Las costas de la instancia serán a cargo de la demandada sin hacer condena expresa en las de esta alzada.

Procédase a la devolución del depósito consignado al apelante.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si

concurren los requisitos legales (art. 469-477-disposición final 16 LEC), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.