

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0100544

Recurso de Apelación 463/2014



(01) 30402894985

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 58 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 883/2012

APELANTE: BARCLAYS BANK PLC
PROCURADOR D./Dña. ADELA CANO LANTERO

APELADO:
PROCURADOR D./Dña. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN

SENTENCIA N° 317/2015

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

Siendo Magistrado Ponente **D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO**

En Madrid, a treinta de septiembre de dos mil quince. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre nulidad de contrato, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 58 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelado ----- representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistida del Letrado D. Juan Ignacio Navas Marqués, y de otra, como demandado-apelante BARCLAYS BANK, representado por la Procuradora Dª Adela Cano Lantero y asistido por los Letrados D. Bernardino Muñoz Calaf y D. Eugenio Vázquez Gutiérrez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 58, de Madrid, en fecha cuatro de abril de dos mil catorce, se dictó Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda, y en consecuencia se debe declarar la nulidad del contrato de sobre SWAP de fecha 11 de febrero de 2008 con la consiguiente obligación de las partes de devolver las recíprocas prestaciones, más el interés legal desde cada cargo/abono y sin imposición de la condena de las costas causadas".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido en ambos efectos, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **veintidós de julio de dos mil catorce**, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **veintitrés de septiembre de dos mil quince**.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se admiten los contenidos en la resolución impugnada en cuanto no se opongan a los que siguen.

SEGUNDO.- Por BARCLAYS BANK, PLC, se interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 4 de abril de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 58 de los de Madrid, que estimó parcialmente la demanda presentada por----- contra aquella en solicitud de que se declarase la nulidad del contrato sobre Swap de Tipos de Interés, suscrito en fecha 11 de febrero de 2008 con la entidad demandada, así como el Contrato Marco de Operaciones Financieras firmada en fecha 25 de abril de 2008, por no haber emitido el cliente un consentimiento válido, prestado por error, y por haber actuado la demandada con abuso de derecho y, en virtud de dicho pronunciamiento, se declarase la nulidad de los referidos contratos suscritos entre las partes, con recíproca restitución de las cantidades ya cargadas/abonadas en aplicación de los mismos, y las que lo fuesen durante la tramitación del procedimiento, más los intereses legales desde la fecha de cada cargo/abono; que dicha pretensión se basa en que, habiendo suscrito las mismas partes con fecha 7 de febrero de 2008 una escritura de arrendamiento financiero (leasing) en el mismo se estipuló que la actora solicitaba al Banco la financiación consistente en la adquisición, de una instalación de producción de energía eléctrica de origen fotovoltaico, y la posterior cesión del uso de la misma, con cláusula de opción de compra por parte de la actora, fijando como precio del arrendamiento financiero el de 10.315.479,01 €, más 1.650.476,42 € en concepto total de IVA; que cuatro días después a la firma del arrendamiento financiero, la demandada comunicó a la actora que debía obligatoriamente contratar con el Banco una permuta financiera de tipos de interés, explicándole que se trataba de un

"seguro" para protegerle de la subida de los tipos de interés; que la actora firmó dicho contrato confiando en la demandada que, aun sabiendo que el demandante confiaba firmemente en su asesoramiento, le obligó a contratar un producto no recomendable para él y sin advertirle de los eventuales perjuicios que el mismo podía reportarle; que con posterioridad, el 25 de abril de 2008 suscribieron el Contrato Marco de Operaciones Financieras que, en caso de discrepancia con el anterior, habría de prevalecer; y que la actora se alertó cuando, a partir de la segunda liquidación, empezó a recibir las demás liquidaciones negativas. Alega la parte apelante, en síntesis, que el producto contratado no es de inversión o especulativo sino de cobertura, no resultando de aplicación la Ley del Mercado de Valores; errónea valoración de la prueba en cuanto a las características del swap litigioso; errónea valoración de la prueba en cuanto al perfil de la mercantil demandante; errónea valoración de la prueba en cuanto a la fase explicativa sobre las características, ventajas y riesgos del producto litigioso; error en la valoración de la prueba sobre la concreta información en torno a los riesgos del producto que se ofreció al cliente; la inexcusabilidad del error; y la confirmación del contrato que solventa el posible error. Frente a tales alegaciones la representación procesal de la parte apelada se opuso al anterior recurso y solicitó la confirmación de la sentencia apelada con imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte recurrente.

TERCERO.- Ante la estimación parcial de la demanda comienza la mercantil apelante alegando el error cometido por la sentencia de primera instancia al delimitar la normativa aplicable —con vulneración de los arts. 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— toda vez que el producto contratado por las empresas ahora litigantes no era de inversión o especulativo sino de cobertura.

En apoyo de tal alegación cita la parte recurrente el art. 79 quater de la Ley

de Mercado de Valores y diversas sentencias dictadas por varias Audiencias Provinciales.

Es cierto que el referido precepto, en la redacción introducida por el apartado cincuenta del artículo único de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre —por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores— disponía al tiempo de celebrarse los contratos en virtud de los que ahora se acciona que *“Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información”*; ahora bien, ello no es suficiente para acoger la impugnación que ahora nos ocupa pues, según reiterada jurisprudencia, el contrato de swap no merecía la consideración de “servicio de inversión” sino que, por su complejidad y por la asimetría informativa frente al inversor minorista, exigían una especial protección de éste.

Así la STS de 20 de enero de 2014 declaraba en su “Fundamento de Derecho 6”, bajo el título “Alcance de los deberes de información y asesoramiento. Normativa aplicable al contrato de swap cuya nulidad se pretende” que *“(…) 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.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos 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. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se

pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación. En el caso que nos ocupa aún no estaba vigente el RD 217/2008.

7. Información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3)".

Doctrina jurisprudencial mantenida por las SSTS de 17 de febrero y 7 de julio de 2014 y por la más reciente de 26 de febrero de 2015. En esta última igualmente se cuestionaba la aplicación del art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores a un contrato de swap al amparo de su art. 79 quarter y de

la resolución conjunta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España de 20 de abril de 2010 y se dispuso que “(...) **SEGUNDO.-** *Las cuestiones suscitadas en ambos motivos están íntimamente relacionadas y esta Sala ya ha fijado doctrina al respecto, por lo que se examinarán de forma conjunta. El tema jurídico que se plantea es el alcance de la obligación de información de una entidad de crédito al comercializar un producto complejo como es el swap y las consecuencias del incumplimiento de ese deber de información en relación con la existencia de error vicio del consentimiento, sobre lo que esta Sala se ha pronunciado en la STS nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, recurso nº 879/2012 (en lo sucesivo STS nº 840/2013), fijando unos criterios de enjuiciamiento que se han reiterado en las SSTS de 7 de julio de 2014, recs. 1520/2012 y 892/2012, y 8 de julio de 2014, rec. 1256/2012.*

TERCERO.- *Dicha doctrina -inicialmente desarrollada por la STS nº 840/2013 en el marco normativo de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (en lo sucesivo Directiva MiFID), cuya transposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (en lo sucesivo Ley 47/2007), que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (en lo sucesivo RD 217/2008)-, es plenamente aplicable al presente recurso dada la fecha en la que se llevó a cabo la contratación litigiosa (16 de mayo de 2008), por lo que deben ser rechazadas, ya desde este momento, las alegaciones del motivo segundo de casación sobre la inaplicación al caso de esas normas por razones temporales. La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 estableció que las entidades que prestaran servicios de inversión deberían adaptar sus estatutos, programas*

de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esa ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma, lo que tuvo lugar, según su disposición final sexta, el día siguiente a su publicación en el BOE, esto es el 21 de diciembre de 2007. No se contempla en esa norma -tampoco en el RD 217/2008, que entró en vigor el 17 de febrero de 2008- la suspensión de su entrada en vigor durante los seis meses que se conceden a las entidades financieras para su adaptación interna a la nueva normativa, ni excusa a estas de su inmediata observancia (STS de 7 de julio de 2014, rec. 1520/2012).

También deben ser rechazadas, sin necesidad de mayores consideraciones, las alegaciones del motivo segundo sobre la inaplicación al caso de esta normativa por razón de la naturaleza del contrato, pues se oponen a la doctrina de la citada STS nº 840/2013 y de las posteriores ya mencionadas, dado que en el anexo I de la Directiva MiFID se incluyen como instrumentos financieros, en la sección c) 4, los contratos de permuta financiera (swaps), cuyo sometimiento a la normativa indicada -como productos financieros complejos- no puede ser objeto de discusión tras la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C- 604/2011)”.

Aplicando dicha doctrina al presente caso sólo cabe rechazar el denunciado error en la normativa aplicable.

Como segundo motivo impugnatorio alega la recurrente la errónea valoración de la prueba en cuanto a las características del swap litigioso.

Considera BARCLAYS BANK, PLC que la sentencia de primera instancia aplica indebidamente unas conclusiones generales sobre las

permutas financieras a un contrato sencillo: el denominado swap fijo flotante. Insiste en que no nos encontramos ante un producto complejo sino ante uno de funcionamiento simple en el que se convierte el interés variable al que se había sometido el leasing en un tipo fijo, de manera que el cliente pagara en todo momento el 4,33% (más el diferencial) con independencia de las variaciones del Euribor.

Frente a ello, abundando en lo ya expuesto, bastaría para rechazar la pretendida sencillez del swap remitirnos a la declaración, no ya del Sr. — entonces administrador de la empresa demandante y cuyo interés en favorecer a esta se denuncia por la recurrente— sino de D.-----, gestor de la oficina Bancaria y Director de empresas que llevaba a este cliente, cuya preparación llegaba hasta COU aunque luego había hecho cursos de dirección bancaria, análisis de balances, contabilidad, etc.; y que reconoció ser él quien estudiaba la operación financiera pero que luego existía un responsable de coberturas (D. ----), que era el encargado de reunirse con el cliente y explicarle el producto; que él se limitaba a explicarle el coste máximo de la operación financiera; que le explicó que el Banco quería que se fijaran los costes máximos y que con el swap se fijaban dichos costes máximos que tendría su empresa pasara lo que pasara; que, en materia de riesgos, le explicó que él (el Sr. ----) sabría el coste máximo de la operación financiera y que, si bajaban los tipos de interés, no se beneficiaría de aquella bajada. Preguntado por el letrado de la actora si explicó al cliente que en aquella fecha ya existían proyecciones macroeconómicas del Banco Central Europeo y de autoridades monetarias que pronosticaban bajadas de tipos, respondió que no; que para eso estaba el responsable de coberturas que tenía reuniones con el cliente; que cree que el Banco explicaba la situación actual, no las proyecciones; que no recuerda haber hecho números; que es especialista en deudas financieras; que conoce el

producto, lo entiende y explica pero luego tienen un especialista para eso; que no entendía la pregunta del letrado sobre la exigencia por la Ley de Mercado de Valores de un test de conveniencia o idoneidad...

Ante tales respuestas no cabe menos que rechazar la sencillez del swap pretendida por la recurrente frente al cliente minorista cuando el Director de la sucursal —con el único que reconoce haber mantenido contactos la demandante— muestra un conocimiento tan limitado remitiéndose reiteradamente al especialista.

En cuanto a la información facilitada por el testigo Sr. ----- empleado de la mercantil demandada y especialista en productos como el que nos ocupa, además de compartir con la sentencia de primera instancia la extrañeza de que no conste en autos ninguna comunicación directa entre aquel y el Sr.-----, fundamentalmente la conversación grabada por medio de la cual se procedió a la firma del contrato de permuta financiera objeto de esta litis, reiterando a la demandante la información necesaria, aunque se admitiese a efectos meramente dialécticos la inexistencia de tal información, tampoco la misma resultaría completa en cuanto el propio testigo reconoció que, si bien informó al Sr. ----- de la posibilidad de cancelar el swap, también admitió, a preguntas del Juzgador, que no le explicó la fórmula para llevar a cabo su cancelación y que la misma se realizaba en la plataforma “Reuters”, lo que, una vez más, revelaría la complejidad del producto.

Llegados a este punto nos remitimos a la doctrina reiteradamente seguida por este tribunal, entre las más recientes, en sentencia de 22 de julio de 2015 (Recurso 395/2014) y las que en ella se citan, en la que igualmente compartimos la doctrina jurisprudencial mantenida por nuestro Alto Tribunal,

en la STS de 8 de julio de 2014, a cuyo tenor "(...) Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se suscitan en el presente recurso en la STS nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, recurso nº 879/2012, dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de swap por error vicio en el consentimiento... en la que se examina el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el swap y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato, que es, en definitiva, la cuestión jurídica a la que se contrae el recurso por más que en su desarrollo se haga referencia otras cuestiones que, en cualquier caso, también están íntimamente relacionadas con aquella.

La doctrina fijada por esta Sala en el marco normativo de la Directiva MiFID -cuya transposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007 que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008 -es plenamente aplicable al presente recurso dada la fecha en la que se llevó a cabo la contratación que ahora es objeto de enjuiciamiento (en este caso, el 7 de febrero de 2008) y determina su desestimación.

Se dijo, y se mantiene, que la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 , en la que - aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la transposición al ordenamiento

jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y en concreto el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión; ahora, esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el Banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa, como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008). En el caso de autos, insistimos en la no aplicación del RD 217/2008.

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con ese conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada,

dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad , cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, dirigido además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que éste es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 , S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público".

La misma sentencia 840/2013 se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que

establece el artículo 73 RD 217/2008 -, de la finalidad del test de idoneidad - que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 RD 217/2008.

(...)

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, reitera que la información a que se refiere el artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, pues 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 respecto es conocida la doctrina jurisprudencial seguida, recientemente, por la de STS (Pleno de la Sala de lo Civil) de 12 de enero de

2015 y las de 7 y 8 de julio de 2014 y STS (Pleno) de 20 de enero de 2014 , que esta Sección ha seguido, entre nuestras sentencias más recientes, en la de 16 de marzo 2015 (Recurso 145/2014) según la cual, tras reiterar que en productos complejos como el que nos ocupa resulta exigible al Banco, no sólo de transparencia, sino de una especial protección a la clientela ofreciendo información sobre los riesgos que asume, etc., declaró que "(...) Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por... en el sentido de que «he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...» y «declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo». Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista".

Abundando en lo anterior, hemos de remitirnos nuevamente a la ya citada

STS de 26 de febrero de 2015 en cuyo “Fundamento de Derecho Cuarto” se añade que “(...) *Los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa relativos al alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento, cuando estamos ante un servicio que constituye asesoramiento en materia financiera (artículo 52 de la Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., C-604/2011), llevaron a esta Sala a declarar que el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos de la operación especulativa de forma imparcial, clara y no engañosa, incluyendo además, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y, también, orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008), para lo que -con el fin de salvar el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error- se establece un instrumento, el test de idoneidad , en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.*

Como se ha declarado en la reciente STS de 10 de septiembre de 2014, rec. nº 2162/2011 (en general para la contratación en el ámbito del mercado de valores de productos y servicios de inversión con clientes no profesionales), "el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los

riesgos del 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014", en la que esta Sala ya dejó dicho que la omisión del test que debía recoger la valoración del conocimiento del cliente de los concretos riesgos asociados al producto complejo, aun no determinando por sí la existencia del error vicio, sí permitía presumirlo".

Aplicando dicha doctrina al caso de autos es claro que, no sólo no se ha practicado el test de conveniencia —lo que ya sería motivo suficiente para presumir la existencia del error vicio— sino que la información proporcionada a la actora era manifiestamente insuficiente para que ésta, como inversora minorista, pudiera conocer los riesgos asociados a tan complejo producto.

Igualmente rechazamos las alegaciones de la recurrente encaminadas a resaltar el perfil inversor de la mercantil demandante cuyo administrador al tiempo de suscribir el contrato de swap era el de un importante empresario que contaba con una dilatada experiencia en la negociación con entidades bancarias y que había realizado numerosas operaciones de pasivo por importe de varios millones de euros.

Frente a tal afirmación, lo reconocido por el Sr. -----en el curso de su interrogatorio fue que, aunque efectivamente sus empresas —dedicadas a la construcción— han necesitado financiación, participando en varias operaciones de 5.000.000 €, siempre se trataba de préstamos hipotecarios o pólizas de crédito. Operaciones cuya complejidad no es comparable a la del contrato de

permuta financiera como el que firmó con la demandada, ni exigen una información tan clara como la que requiere el contrato de swap, ni atribuyen al inversor una protección como la expuesta.

Ello unido a la relación de confianza que el referido Sr. -----reconoció mantener con la entidad recurrente, limitándose a firmar cuantos documentos le presentaba al efecto sin apenas leerlos no hace sino corroborar el desconocimiento por la mercantil demandante de los riesgos propios del contrato cuya nulidad se pretende.

Tampoco cabe ignorar el desequilibrio existente entre las prestaciones estipuladas en el contrato de swap una vez que la demandada, pese a los informes existentes al tiempo de celebrar el contrato, que preveían una bajada de los tipos de interés en 2008 (folios 140 y siguientes y 158 y siguientes de las actuaciones), silenció tal información asegurándose los beneficios que resultaban de convenir un interés fijo del **4,33% anual** en el contrato de swap (folio 51) cuando, en la póliza de arrendamiento financiero suscrita previamente se pactó un interés nominal anual del 5,10% para el primer periodo semestral y que, para los periodos sucesivos, es decir, a partir del día 7 de agosto de 2008, la carga financiera correspondiente a cada una de las cuotas variaría en la medida en que lo hiciese el tipo de referencia (**Euribor a seis meses) incrementado en un diferencial fijo del 0,75%** (folio 38). Desequilibrio que dio lugar a que, salvo la primera liquidación positiva por valor de 26.976,25 € las restantes fuesen negativas hasta la presentación de la demanda alcanzando un importe de 436.414,79 €(folios 173 y siguientes).

Por cuanto antecede, compartiendo plenamente lo expuesto en la sentencia de primera instancia sobre la existencia de error, estamos en el

caso de desestimar el presente recurso y confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia, incluyendo su pronunciamiento relativo a la condena de la demandada al pago de las costas en ella causadas, acorde a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- A tenor de lo dispuesto en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta alzada considerando la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por BARCLAYS BANK, PLC, contra la sentencia dictada en fecha 4 de abril de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia número 58 de los de Madrid, en los autos de Juicio Ordinario seguidos ante dicho Órgano Judicial con el número 883/2012, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el

siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un “Recurso”, seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 del Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.