



Roj: **SAP Z 1340/2014 - ECLI: ES:APZ:2014:1340**

Id Cendoj: **50297370042014100123**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **4**

Fecha: **18/07/2014**

Nº de Recurso: **94/2014**

Nº de Resolución: **217/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN IGNACIO MEDRANO SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**ZARAGOZA**

**SENTENCIA: 00217/2014**

R. 94/2014

**SENTENCIA NÚMERO DOSCIENTOS DIECISIETE**

Ilmos./a Señores/a:

Presidente:

D. Juan Ignacio Medrano Sánchez

Magistrados:

D<sup>a</sup> María Jesús De Gracia Muñoz

D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate

En la Ciudad de Zaragoza, a dieciocho de julio de dos mil catorce.

Visto por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, integrada por los/la Magistrados/a del margen, el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada en fecha 17 de diciembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Zaragoza en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 609/2012, de que dimana el presente Rollo de apelación número 94/2014, en el que han sido partes, apelante, la demandada, BANKIA, S.A., representada por el Procurador D. Oscar-David Bermúdez Melero y asistida por la Letrada D<sup>a</sup> Laura César Clavijo, y, apelada, la demandante, SOLARGEAR BASSOT 3, S.L., representada por el Procurador D. Carlos Adán Soria y asistida por el Letrado D. Jesús Isla Subías, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de 1<sup>a</sup>. Instancia Número Cuatro de Zaragoza, se dictó sentencia de fecha 17 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva dice: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Adán Soria, en representación de Solargear Bassot 3, S.L. contra Bankia, S.A. como sucesora universal de Bancaja, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés concertados entre las partes así como la de cuantos otros fuera necesarios para anular la eficacia de los anteriores, condenándose a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a devolver la cantidad que resulte de restar al importe total de las liquidaciones negativas y abonadas por la actora por causa de los referidos contratos, las liquidaciones positivas ya cobradas. Con expresa imposición de las costas a la demandada".



**SEGUNDO** .- Contra dicha resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación y cumplidos los trámites correspondientes se remitieron los autos a este Tribunal el día 13 de marzo de 2014, dando lugar a la formación del presente rollo, señalándose para discusión y votación el día 14 de mayo de 2014, en que tuvo lugar.

**TERCERO** .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Declarada la nulidad de los contratos de permuta financiera que unieron a las partes (el segundo para hacer asumible para el cliente las consecuencias financieras del primero) recurrirá la entidad financiera con fundamento en cinco motivos, todos ellos referidos a la valoración de la prueba de distintos aspectos fácticos que inciden sobre la tutela pretendida y obtenida en la instancia, a saber la existencia de un vicio de consentimiento sobre el objeto del contrato, girando la discrepancia de la recurrente sobre el perfil y experiencia empresarial del cliente, sobre la información proporcionada sobre su suficiencia para que el representante del cliente se formara adecuadamente su consentimiento, así como el cumplimiento de la normativa vigente al tiempo de formalización del contrato.

**SEGUNDO** .- Todos los motivos, también el relativo a la carga de la prueba, están íntimamente relacionados y todos ellos están relacionados con el estricto régimen jurídico que se impone en la contratación de productos financieros complejos y de riesgo. Normativa que parte de un presupuesto esencial, a saber, el que tratándose de un cliente minorista (y como tal se le terminó calificando por la entidad bancaria) hay una posición profundamente desigual en esa contratación, de neta superioridad técnica y profesional de la entidad, comercializadora aquí de su propio producto, situación asimétrica que el legislador trata de compensar a través de distintos mecanismos que parece conveniente precisar, que van desde la información al contenido del producto financiero; pasando por la identificación de la experiencia inversora del cliente y de la idoneidad para él del producto financiero.

**TERCERO** .- En el ámbito del deber de información advertíamos en nuestra sentencia 267/2012, de 13 de junio, que esta protección se representaría en primer lugar en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, en el que se impuso un código de conducta "atendiendo **en todo caso** al interés de los inversores..." ( art. 2.1 R. Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), código incluido como anexo en dicho Real Decreto, en cuyo art. 1 imponía como regla de conducta a las entidades el actuar "con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos...", a la vez que imponía un deber de identificación correcta del perfil del cliente, en particular su experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante, para ya en fin, en el art. 5 de ese Código de conducta, imponer unos estrictos deberes de información al inversor: "1. 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.

La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y 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**. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

La Ley del Mercado de Valores fue modificada por la antes citada ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, que entró en vigor poco después de la primera permuta de intereses objeto de este conflicto. En lo que aquí puede interesar esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" (art. 79 LMV), a dar una información "imparcial, clara y no engañosa " ( art. 79.bis 2 LMV), con el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión " ( art. 79 bis 3 LMV), y que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (art. 79 bis 3, pto. 3º LMV), exigiendo además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea ( art. 79.bis 7 LMV). Además la propia Ley del Mercado de Valores, en cuyo ámbito incluye las permutas financieras (art. 2 LMV) y más adelante, con redacción barroca, las considera complejas (art. 79 bis.8.a,ii LMV).



El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que derogó el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, regulándose en los arts. 60 , 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades, y en concreto y en lo que aquí interesa en el primero de los mencionados preceptos que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.

c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.

d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

**CUARTO** .- Desde el ámbito del contenido contractual hemos advertido también que el legislador va a imponer unos específicos deberes a la entidad de los que resultará una interdicción en la oferta o comercialización al minorista de productos netamente desequilibrados. Y así en nuestra sentencia 249/2012, de 1 de junio considerábamos que por razones de política legislativa, dado el grave desequilibrio estructural que se produce en este mercado en la posición de las partes contratantes, impone específicos deberes de la entidad en orden a la tutela de los intereses del inversor. Dicho de otra manera, no se conforma el legislador con establecer severas prescripciones para garantizar que al inversor se represente adecuadamente las características y riesgos que tenga el producto, en realidad fin y objetivo de toda la información precontractual, prescripciones que se imponen a cargo de la entidad, sino que va a exigir que la propia entidad tutele los intereses del inversor. Que los debe tratar, se reitera, como si fueran propios.

El legislador utiliza, para proteger al inversor, una peculiar técnica, pues para restablecer el grave desequilibrio que hay en este mercado sectorial, en el que una de las partes contratantes está colocada en una posición de neta superioridad técnica y financiera sobre cualquier inversor, de absoluta preeminencia, sobre todo del minorista, para restablecer ese equilibrio, se repite, impone a la entidad no ya el deber de realizar una información exhaustiva al inversor ("imparcial, clara y no engañosa": art. 79. bis 2 de la Ley del Mercado de Valores ), siempre comprensible (art. 79. bis 3), con orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos contratados, sino que le obliga a realizar una advertencia de que el producto no es adecuado para el cliente ( art. 79. bis 7 pto. 2º LMV), pues como pórtico general de la conducta de la entidad, la Ley le habrá impuesto la obligación de cuidar de los intereses de sus clientes "**como si fueran propios**" ( art. 79 de la Ley del Mercado de Valores ). Por camino distinto al de la ley de tutela de los consumidores el legislador protege al inversor frente al producto abusivo y desproporcionado. Aunque no medie un contrato de asesoramiento hay un deber de lealtad contractual de configuración legal que impone específicos y severos deberes de conducta a la entidad, frente al inversor con el que contrata.

**QUINTO** .- Las consecuencias procesales de estos criterios legislativos son claras. La primera es que la carga de la prueba de que se han cumplido los deberes de información corresponde a la entidad. Lo segundo es que el incumplimiento de esos deberes de información no conlleva una suerte de automatismo que permita concluir la existencia del error de consentimiento por parte del cliente inversor, pero que las dudas que puedan producirse en cada caso concreto, incumplidos unos deberes precontractuales de configuración legal destinados a garantizar un consentimiento informado, deben resolverse a favor del inversor.

En un plano sustantivo hemos advertido que ese deber de información restringe en gran medida la invocación del error inexcusable. En efecto el error inexcusable se define como aquél que pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, en cuyo caso no será constituyente de un error que vicie el consentimiento. Para moderar si el error puede ser inexcusable o no, la jurisprudencia valora las condiciones de toda índole, incluso las personales, no solo del que ha padecido el error sino también del otro contratante.

Pero en el ámbito sectorial en el que nos movemos, los códigos de conducta que ex-lege y específicamente se imponen a una de las partes, dejan un escaso margen a la aplicación de esa doctrina.

En efecto deber de información queda tan exacerbado en la legislación del mercado de valores que puede afirmarse que tal comportamiento precontractual por la parte que ocupa una posición preeminente en el mercado, la entidad financiera, no es un mero deber de actividad sino de resultado, esto es que la entidad debe asegurarse de que el inversor ha comprendido el alcance y la posición de riesgos que asume con el producto. Posicionamiento en la legislación sectorial que tiene una inmediata trascendencia en la doctrina sobre la inexcusabilidad del error, que queda así muy matizada.

Y también en un plano sustantivo hemos advertido que, aunque no exista un específico contrato de asesoramiento, aun la simple comercialización e incluso la mera intermediación, conlleva unos deberes implícitos de asesoramiento.

**SEXTO** .- Partiendo de estos presupuestos hay que valorar si existe el error de consentimiento soporte de la demanda y que se ha apreciado en la instancia, y ello no se puede hacer sin tener presente la más reciente



jurisprudencia sobre este específico conflicto, representada la doctrina legal en las sentencias TS de 8 de julio de 2014 y de 7 de julio de 2014 , que toman como base la doctrina sentada en la STS 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014 (recurso 879/2012 ), en la que se afirma 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 CC , 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 ).

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 este 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* ".

Jurisprudencia que concluye, a los efectos que ahora interesan que " 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".

**SÉPTIMO** .- La aplicación de esos criterios jurisprudenciales al supuesto de autos debe llevar a la desestimación del recurso. No debe llevar a engaño el hecho de que la primera permuta financiera contratada, la de 21 de mayo de 2008 lo fuera poco antes de la entrada en vigor de la Ley 47/2007 pues como se ha explicado con anterioridad regía ya para la entidad el código de conducta contenido en el anexo del Decreto de 1993 en la que, aparte de contenerse el germen de lo que hay es el test de conveniencia y el de inodeneidad (art. 4 del Código de conducta), imponía ya unos severísimos de información y, en lo que aquí interesa, de exposición de los riesgos que se asumían por el cliente.

**OCTAVO** .- Y ese deber se incumplió de manera patente en el supuesto de autos en el que se realizaba una descripción del producto no ya equívoca sino verdaderamente errónea. Porque del contrato de permuta financiera si hay algo que es destacable es su aleatoriedad. Es, pese a lo que se afirma en el recurso cuando interesadamente se le quiere equiparar, la antítesis del seguro, en el que, con el pago de una prima se garantiza una situación frente a un potencial riesgo. Mientras que en la permuta ni hay prima ni hay seguridad frente al riesgo para el cliente, la bajada de los tipos de interés. Lo que aproxima la permuta al seguro es así solo muy indirecto, pues de una manera simplificada la permuta puede operar como instrumento de equilibrio financiero, en la medida en la que permiten reconducir en términos financieros el interés variable al interés fijo. Por eso hemos destacado en diversas ocasiones la improcedencia de referirse a la permuta financiera como un producto de cobertura (SAP Zaragoza S. 4ª, de 30/12/2013), pues con ello a la par que se destaca el beneficio para el cliente, protección frente a las subidas de interés, se está ocultando el reverso del producto para el cliente, los importantes riesgos que se asumen por el cliente si el interés baja. Y lo que resulta ya de todo punto de vista es calificar, como se hace en su oferta, como un seguro. El documento nº 6 de la propia contestación a la demanda es revelador de esa desinformación. A parte de afirmar que desconoce la evolución de los tipos de interés, pese a que indudablemente por exigencias de su praxis profesional, debe tener una previsión técnica de su evolución, advertirá de tres previsiones (Crédit Agricole Menill Lyuch y Lloyds) que fijaban toda la previsión por debajo del tipo fijo pactado (el 4,65%), destacará los efectos de las subidas de tipos de interés, lo que se mitigaba con un CRI, omitiendo las consecuencias de la bajada de tipos (f. 242 y 243), mediante "un único seguro" permitiendo olvidarse de las oscilaciones del mercado de tipos de interés (f. 244), si bien aquí sí advirtiendo de que "si usted sabe que los tipos van a bajar NO SE CUBRA!...", aunque no se dice porqué, ni se precisa que la bajada puede conllevar graves riesgos al cliente, para ya en fin advertir imprecisamente que el cliente paga trimestralmente un tipo fijo de 4,65% y por primera vez reconocen que si los tipos bajan por debajo del 4,65% el cliente puede tener liquidaciones negativas.

En definitiva no se producen los errores en la valoración de la prueba que se denuncian, es altamente verosímil que se le ofertara como un seguro, pues no es solo, que ya es, que se comercializara destacando solo su función de cobertura, sino que se le atribuía la naturaleza de seguro, con lo que queda claro que el cliente no fue consciente de los riesgos que asumía por lo que se produce un error esencial y excusable que debe llevar a la desestimación del recurso.

**NOVENO** .- Que al desestimarse el recurso de apelación procede imponer las costas causadas en esta alzada a la parte apelante (arts. 398 y 394 Lec).

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

## FALLO

Primero. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Zaragoza recaída en el juicio declarativo ordinario tramitado en dicho Juzgado con el nº 609/2012, sentencia que se confirma en su integridad.

Segundo. Se imponen a la parte apelante las costas causadas en esta alzada y con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino prevenido legalmente.

Contra la presente sentencia cabe interponer recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se deberán interponer, en su caso, por escrito ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde la notificación de la presente sentencia.

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



**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por los Ilmos./a Sres./a Magistrados/a que la firman y leída por el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, uniéndose certificación a los autos, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ