



Roj: **SAP B 8289/2018 - ECLI: ES:APB:2018:8289**

Id Cendoj: **08019370012018100493**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **19/09/2018**

Nº de Recurso: **366/2017**

Nº de Resolución: **501/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **AMELIA MATEO MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050

FAX: 934866034

EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0820042120148290082

### **Recurso de apelación 366/2017 -B**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Sant Boi de Llobregat (UPAD)**

**Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 15/2015**

Parte recurrente/Solicitante: ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A.

Procurador/a: Marta Pradera Rivero

Abogado/a:

Parte recurrida: Remedios

Procurador/a: Jose Maria Ramirez Bercero

Abogado/a:

### **SENTENCIA N° 501/2018**

Barcelona, 19 de septiembre de 2018.

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por las Magistradas **Doña Amelia Mateo Marco, Doña Maria Dolors MONTOLIO SERRA y Doña Isabel Adela GARCÍA DE LA TORRE FERNÁNDEZ**, actuando la primera de ellas como Presidenta del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **366/17**, interpuesto contra la sentencia dictada el día 29 de abril de 2016 en el procedimiento nº 15/15, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Sant Boi de Llobregat en el que es recurrente **N.G.C. BANCO, S.A. (ABANCA)** y apelada **Doña Remedios**, 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: "ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. José María Ramírez



Bercero, en representación de Dña. Remedios , contra N.G.C. BANCO S.A. (ABANCA), antigua Caixa Galicia, y por ello,

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de pleno derecho de los Contratos de Cobertura sobre hipoteca, suscritos en fecha 25/05/2007 (número NUM000 ) y 10/06/2009 (número NUM001 ) (permuta financiera o SWAPS), suscrito por Dña. Remedios , y la entidad demandada, por vicio de consentimiento y asimismo ACUERDO:

-Se deje sin efecto las liquidaciones reclamadas por N.G.C BANCO S.A. (ABANCA), antigua Caixa Galicia, que a la fecha de presentación de la demanda ascendían a 16.217,86 euros, así como las que hayan podido generarse durante la tramitación del presente procedimiento.

-La condena a la demandada a la devolución a la parte actora de las cantidades cobradas a ésta por parte de la demandada como consecuencia del funcionamiento de los contratos cuya nulidad postula, con recíproca restitución de las cantidades ya cargadas/abonadas en aplicación de los mismos y las que lo hayan sido durante la tramitación del procedimiento; más los intereses legales desde la fecha de cada cargo/abono, de acuerdo con el artículo 1.108 Cc e incrementado en dos puntos conforme al artículo 576 Lec .

Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

**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 Amelia Mateo Marco**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Planteamiento del litigio en primera instancia. Resolución apelada. Recurso de apelación.**

Doña Remedios formuló demanda contra N.G.C. BANCO S.A (ABANCA), antigua CAIXA GALICIA, en la que solicitó la nulidad de los contratos de cobertura sobre hipoteca, de fecha 25 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2009, suscritos con la antigua Caixa Galicia, por la concurrencia de vicios en el consentimiento.

Alegó la actora, en síntesis, en su demanda, que la relación con la entidad demandada se inició en el año 2007 cuando adquirió su vivienda, al solicitar en la oficina de esa entidad de Sant Boi de Llobregat el préstamo hipotecario, dado que su hermano era cliente de la misma y tenía confianza. Tras la firma de la escritura en la Notaria, firmó en el Banco un contrato de cobertura sobre hipoteca, junto con el seguro de vida. La única explicación que recibió al leerlo y no entenderlo fue la del Director de la oficina que le indicó que debía firmarlo para evitar que el interés subiera o bajara, y así poder asegurarse el Banco que el cliente podía afrontar la cuota hipotecaria. No le consta que este contrato tuviera ningún efecto, siendo novado antes de su vencimiento por un nuevo contrato de cobertura redactado en los mismos términos cuando un año más tarde firmó con el banco una novación del préstamo hipotecario al tener que ampliar su hipoteca. El día 3 de enero de 2011 se produjo el primer cargo en su cuenta, procedente del contrato de cobertura, por importe de 336,47 €, que se fueron repitiendo cada mes. En fecha 11 de abril de 2014, la entidad demandada remitió reclamación extrajudicial, por importe de 16.217,86 euros de principal, en concepto de liquidaciones vencidas e impagadas con origen en el contrato de cobertura formalizado en fecha 10 de junio de 2009, advirtiéndole de que en caso de impago se procedería a la reclamación judicial de la deuda y es por lo que solicita la nulidad de pleno derecho de ambos contratos. El consentimiento que emitió no es válido al haberse prestado por error y por haber actuado la demandada con **abuso** de derecho, pues no le facilitó información suficiente, clara y veraz que le permitiera conocer las verdaderas características del producto y los riesgos y perjuicios que dicho contrato pudiera reportarle. Se trata de un contrato aleatorio y de riesgo cuyos posible efectos y consecuencias sólo son conocidos por la entidad bancaria, generándole a ella la idea de que se trataba de un contrato de seguro lo que implicaba una cobertura segura que excluía por su propia definición toda idea de riesgo y aleatoriedad. Presentaba un alto grado de complejidad y era de difícil comprensión para el cliente si no cuenta con un asesoramiento experto. Y, existe un deber de información de las entidades financieras, que tiene una gran incidencia en la formación de la voluntad contractual del cliente. Concurrirían, así, las circunstancias legalmente requeridas para concluir sobre la existencia de un error en el consentimiento de la entidad suficiente para acordar la nulidad.

ABANC CORPORACIÓN BANCARIA, S.A., se opuso a la demanda.

Alegó la demandada, en síntesis, en la contestación, que dadas las circunstancias del caso, el perfil de la actora, la información que le fue suministrada por el personal de la entidad financiera, los términos fácilmente comprensibles de los contratos de cobertura cuya nulidad se solicita, y el hecho de que no suscribiera un único



contrato, sino que ha habido suscrito un producto idéntico con la entidad que nunca fue puesto en duda porque había generado liquidaciones positivas, pero tampoco cuando fueron negativas, cualquier hipotética falta de entendimiento de los contratos de cobertura de hipoteca cuya nulidad se pretende, sería únicamente imputable a la falta de diligencia de la parte actora en el momento de la contratación. El producto nunca se ofreció como un simple seguro, sino como lo que es, una cobertura ante la subida de los tipos de interés. La parte actora tiene suficientes conocimientos para identificar cuando está contratando un mero seguro y cuando no. Y, además, tenía un endeudamiento a interés variable que justificaba el ofrecimiento de este producto. No existía una relación de confianza para alegar un supuesto de error de consentimiento y la actora tuvo suficiente información tanto precontractual como contractual para valorar si el producto le resultaba, o no, conveniente, decidiendo libremente suscribirlo con pleno conocimiento de lo que contrataba y de sus riesgos. Después de la firma del primer contrato la actora no formuló objeción alguna respecto al mismo en los dos años que duró su vigencia, recibiendo información mensual de las liquidaciones. Unas positivas y otras negativas, que pagó sin queja alguna. El segundo contrato tenía un objeto y riesgos idénticos al primero. Durante más de siete años la actora ha venido beneficiándose de las liquidaciones positivas y pagando las primeras liquidaciones negativas sin mostrar disconformidad y no ha sido hasta el momento en que se le ha reclamado extrajudicialmente lo adeudado cuando dice que sufrió un error de consentimiento al firmar los dos contratos. Si la actora pudo llegar a tener la creencia de que lo que firmaba era un seguro únicamente sería imputable a una manifiesta y absoluta falta de diligencia por su parte. Ella desconocía los pronósticos sobre el mercado financiero y que se iba a producir una bajada del Euribor. Hay que recordar que las liquidaciones que se emitieron con motivo del primer contrato de cobertura fueron positivas y hasta junio de 2010 las liquidaciones que se emitieron por el segundo fueron neutras para ambas partes. Por último, no incumplió ninguna norma.

La sentencia de primera instancia, después de referirse a la naturaleza de los contratos objeto del procedimiento y la regulación normativa aplicable al caso. Analiza la prueba y razona que la información suministrada, el contexto en el que contrató la actora y la redacción del contrato así como su denominación provocaron un error a la hora de contratar ya que la actora no es una profesional del sector. La omisión de información por parte de la demandada sobre la finalidad o el objeto del contrato sería esencial por lo que el error sobre este punto bastaría para estimar la demandada, pero además considera que no se dio información sobre la evolución o comportamiento del Euribor como tipo de referencia de la operación, y de las condiciones de desvincularse del contrato, todo lo cual le indujo a error, que fue excusable y al recaer sobre elementos esenciales del contrato provocan la nulidad. Por último, razona que la acción no habría caducado y estima totalmente la demanda.

Contra dicha sentencia se alza la demandada alegando: 1) caducidad de la acción, 2) inexistencia de error en el consentimiento, y aun cuando concurriera no podría considerarse excusable.

La actora no se ha opuesto al recurso.

#### **SEGUNDO. Caducidad de la acción.**

Combate la apelante la desestimación de la excepción de caducidad, con base en jurisprudencia que cita, porque la primera liquidación negativa del contrato objeto del procedimiento se produjo el día 1 de julio de 2008, que es donde debería situarse, a su entender, el "dies a quo" del plazo de cuatro años de ejercicio de la acción, manifestándose sorprendida además porque en la sentencia se haga referencia a un supuesto fax de 29 de mayo de 2009, que ni siquiera fue aportada por la demandante, y que se diga que la demanda fue presentada en enero del 2011, lo que no es cierto.

Pues bien, antes de analizar nuevamente la referida excepción, que la sentencia de primera instancia rechaza, hay que precisar que, efectivamente, tal como señala la apelante y en contra de lo que se sostiene en la sentencia de primera instancia, la demandada no sólo no ha aportado la reclamación extrajudicial de 29 de mayo de 2009 a que se refiere la sentencia como momento en que se establecería el "dies a quo" de ejercicio de la acción, sino que en la demanda ni siquiera se hacía referencia a esa supuesta reclamación, sino que lo que se argumentaba es que el primer cargo como consecuencia de los contratos que se pretende anular databa del 29 de diciembre de 2014.

Por otra parte, la demanda fue presentada el día 2 de enero del año 2015, y no el 3 de enero del 2011, como erróneamente dice la sentencia.

Pasemos ahora a analizar la referida excepción.

El art. 1.301 CC establece:

*"La acción de nulidad sólo durará cuatro años*

*Este tiempo empezará a correr:*

*En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato."*

Por su parte el art. 122-5 del Libro I del CCCat ., dice:

*"1. El plazo de caducidad se inicia, en defecto de normas específicas , cuando nace la acción o cuando la persona titular puede conocer razonablemente las circunstancias que fundamentan la acción y la persona contra la cual puede jercerse. En todo caso, se aplica también a la caducidad lo dispuesto por el art. 121.24 en materia de preclusión". (el subrayado es nuestro)*

Es decir, este precepto, que resulta aplicable en el caso de autos, establece como primer criterio a seguir en cuanto al inicio del plazo de caducidad, el que establezcan normas específicas, y por lo que se refiere a la acción de nulidad (anulabilidad) por vicio de consentimiento, que es la que aquí se ejercita, y en relación con la cual no existe regulación propia en el derecho civil de Cataluña, esa norma especial es el art. 1.301 CC , por lo que al mismo habrá de estarse.

Sentado lo anterior, ha de señalarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sufrido ciertas vacilaciones en el tema relativo al día inicial del cómputo de la acción de nulidad del art. 1300 CC , por lo que se refiere a los contratos de tracto sucesivo, como lo son los contratos de "cobertura sobre hipoteca" (swap) de autos.

La STS de 3 de marzo de 2017 aplicó también a los contratos de Swap la doctrina sobre la caducidad establecida para los contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento que, a partir de la STS nº 769/2014, de 12 de enero de 2015 , había venido aplicando a otros contratos de distinta naturaleza,

Los términos en los que se pronunció la referida sentencia son los siguientes:

*"En la sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y en las sentencias 102/2016, de 25 de febrero , 435/2016, de 29 de junio , 718/2016, de 1 de diciembre , hemos afirmado que en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos **bancarios**, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones positivas o de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.*

Esta doctrina jurisprudencial quedó consolidada en la Sentencia de 12 de julio de 2017 , en la que, con cita de la de 9 de junio de 2017 (nº 371/2017 ) , se dice:

*«Es indudable que el plazo de cuatro años a que se refiere el art. 1303 CC para lograr la restitución solicitada por los demandantes y derivada de la nulidad del contrato se refiere a la consumación del contrato y no al momento de su celebración. Por lo que se refiere a cuándo se ha producido la consumación del contrato, a partir de la sentencia del pleno 769/2014, de 12 de enero , seguida después de otras muchas de la sala (376/2015, de 7 de julio , 489/2015, de 16 de septiembre , 435/2016, de 29 de junio , 718/2016, de 1 de diciembre , 728/2016, de 19 de diciembre , 734/2016, de 20 de diciembre , 11/2017, de 13 de enero y 130/2017, de 27 de febrero , entre otras), se ha interpretado que en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos **bancarios**, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, según esta doctrina, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error. Contra lo que entiende la sentencia recurrida, el pago de la primera cuota fija del préstamo no pudo revelar el error porque la finalidad de la contratación del producto de intercambio de tipos/cuotas perseguía precisamente la finalidad de pagar una cuota fija del préstamo. En particular, en casos similares al presente de contratos de permutas de tipo de interés concertados como cobertura del interés variable de un préstamo, esta sala ha identificado ese momento con la percepción por el cliente de la primera liquidación negativa ( sentencia 153/2017, de 3 de marzo )».*

Sin embargo, con posterioridad, la STS nº 89/2018, del Pleno, de 19 de febrero de 2018 modificó esa jurisprudencia, pronunciándose en los siguientes y clarificadores términos:

*" 3.- A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.*





En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia.

**4.-** La aplicación de esta doctrina lleva a rechazar el segundo motivo del recurso de casación.

En el presente caso, en el contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006, único contrato al que se refiere el recurso de casación, se determina un plazo contractual de cinco años, convencionalmente pactado, de manera tal que el plazo de vigencia terminaba el 21 de noviembre de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 30 de enero de 2014 no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejerció dentro del plazo legalmente previsto.

Aplicando al caso de autos la doctrina anterior, que al estar recogida en una sentencia del pleno de la Sala 1ª del TS ya constituye jurisprudencia, no cabe sino rechazar la caducidad alegada por la apelante.

Los dos contratos de swap que son objeto de litigio se suscribieron los días 25 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2009, siendo el segundo una "rotación" del primero, como explicó el testigo de la demandada, Don Anton, debido a que se había producido una modificación del préstamo hipotecario al que servía de cobertura el primero.

Esta circunstancia hace que ambos contratos deban considerarse a los efectos del análisis de la caducidad como si se tratase de un único contrato que experimentó una modificación en sus términos, y de hecho así es como los considera la propia apelante que no hace distinción entre ambos a la hora de formular sus argumentos.

En el segundo de los contratos se estableció como fecha de vencimiento el día 1 de junio de 2016, que es cuando terminaría su vigencia, por lo que es claro que el día 29 de diciembre de 2014, que es cuando se interpuso la demanda, la acción no estaba caducada, según la jurisprudencia antes referida, porque ni siquiera se había consumado.

**SEGUNDO . Naturaleza de los contratos suscritos. Aplicación de la normativa del mercado de valores. Deber de información.**

Los contratos suscritos por las partes, denominados "Cobertura sobre Hipoteca", son contratos de Swap, accesorios del contrato de préstamo suscrito por las partes que estaba vigente en cada momento.

En los mismos se estableció como objeto " la contratación de un instrumento financiero para la cobertura del riesgo del tipo de interés del Préstamo Hipotecario, en virtud del cual la CAJA y el PRESTATARIO acuerdan intercambiar flujos de intereses (permuta), calculados sobre el nominal contratado, que nunca podrá ser superior al principal del referido Préstamo Hipotecario" (condición general 2ª) .

En el primero de los contratos se fijaron unos tipos fijos para los diferentes periodos anuales, mientras que en el segundo se establecieron unos tipos mínimos y máximos en cada uno de los periodos anuales, estableciéndose que la liquidación, que sería mensual, se llevaría a cabo del siguiente modo:

"...si el tipo de interés pactado para el periodo de liquidación, que queda señalado en el recuadro 13 ( el Tipo Pactado) es superior al Tipo de Referencia utilizado para obtener el interés ordinario en el Préstamo Hipotecario (que igualmente se reseña en el recuadro 13), dará lugar a una liquidación a cargo del PRESTATARIO y, en consecuencia, se efectuará un adeudo en la Cuenta Asociada; de igual manera, si el Tipo Pactado para el periodo



de liquidación, resultase inferior al Tipo de Referencia del Préstamo Hipotecario, la liquidación será favorable al PRESTATARIO, realizándose un abono en la cuenta del mismo.

Si el Tipo Pactado se sitúa entre los tipos pactados mínimo y máximo que se consignan en el recuadro 13, no habrá liquidación y, en consecuencia, no se efectuará cargo ni abono alguno en la cuenta del PRESTATARIO".

Puede definirse el SWAP como aquel contrato bilateral por el que cada una de las partes asume la obligación de entregar a la otra, conforme a los términos del contrato celebrado unas sumas de dinero determinadas o determinables, de acuerdo con parámetros objetivos, que a su vez se calculan sobre una cantidad invariable que se denomina nocional y que no es objeto de entrega en el momento inicial, sino que funciona simplemente como referencia para el cálculo de los intercambios de las partes. Tales contratos se regulan por la normativa del Mercado de Valores, al estar incursos en el art. 2 de la Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988, tanto en su redacción originaria, que era la vigente cuando se firmó el primero de autos, como en la reforma operada por Ley 47/2007, que ya afectó al segundo.

Los SWAPS, que tanto han proliferado en los últimos tiempos, son productos complejos que exigen unos conocimientos técnicos o experiencia previos para su comprensión, como han señalado doctrina y jurisprudencia. Las entidades financieras se encuentran en una situación de superioridad frente a sus clientes pues disponen de una mayor información para gestionar sus intereses en el mercado y para asesorarles en la contratación de unos u otros productos. Y, por otra parte, los clientes confían en la entidad financiera con la que mantienen, por lo general, una relación duradera, lo que conlleva que el cliente medio se fíe de sus recomendaciones. Sobre estos parámetros, de profesionalidad, por parte de la entidad financiera, y de confianza, por parte del cliente, es sobre los que se asienta la relación de clientela en el mercado financiero, lo que implica a su vez la exigencia de un estricto deber de información, que es a lo que responde el conjunto de las normas contenidas en la Ley de Mercado de Valores (LMV), por incorporación a nuestro ordenamiento de la denominada normativa MiFID, lo que tuvo lugar mediante Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en que se refuerza ese deber de información, pero que ya estaba previsto en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, que desarrollaba las previsiones contenidas en los arts. 33, 44, 78 y 86 de la LMV, el cual quedó refundido junto con el Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

El art. 5 del Anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo ya establecía en su Anexo, conteniendo el Código general de Conducta, tanto la obligación de obtener información de los clientes "para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer (art. 4)", como la de proporcionarla a aquéllos en el art. 5:

" 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.

2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. 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."

A dicha obligación de información se ha referido con carácter primordial la jurisprudencia del Tribunal Supremo en SS 20 enero 2014 o 8 julio 2014, entre otras muchas. Por lo que se refiere en concreto al deber de información antes de la transposición de la normativa MiFID, basta citar la STS, Pleno, de 18 abril 2013, en la que se alude incluso a la toma en consideración de la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), a la hora de interpretar las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión, aun cuando las partes concertaran el contrato antes de haber transcurrido el plazo de transposición.

Podemos resumir la referida jurisprudencia en palabras de la STS de 8 de julio de 2014 :

" 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 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 )."

### **TERCERO. Ofrecimiento por parte de Caixa Galicia (hoy ABANCA). Infracción del deber de información.**

La actora alegó que le presentaron a la firma los contratos, como un seguro más, junto con el seguro de vida, al que le obligó la entidad bancaria, para evitar que el interés subiera o bajara, según le dijo el Director de la oficina.

Caixa Galicia, por su parte, reconoció que fue ella quien ofreció los contratos de "cobertura de hipoteca" a la actora, sin que fuera ésta la que mostrase algún interés por los mismos.

La Comisión Nacional de Mercado de Valores en su Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión, de 23 de diciembre de 2010, efectúa a este respecto dos consideraciones relevantes:

entiende como recomendación personalizada la que se realice de forma implícita, lo que acontece cuando *"un instrumento se presente como idóneo para un inversor y en la conversación se utilicen palabras relacionadas con sus circunstancias personales"*, debiendo tomarse para ello en consideración *"tanto la naturaleza de la información que se recaba como la forma de relacionarse con el inversor"*

la comercialización masiva entre los clientes de banca comercial de productos complejos de riesgo medio o alto, realizada por los bancos en los últimos años, determina que pueda advertirse un asesoramiento en materia de inversión derivado de la utilización de un lenguaje con elementos de opinión y presentando la inversión como idónea para los clientes con la finalidad de que el inversor adopte la decisión de adquirir el instrumento financiero; máxime en aquellos supuestos en los que la red comercial tiene fijados determinados objetivos comerciales, o recibe incentivos que priman la venta de un determinado producto frente a otros.

Por su parte, la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), señaló que debe considerarse 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"*.

Teniendo en cuenta esas consideraciones, podemos concluir que hubo una verdadera labor de asesoramiento por parte de la demandada, por lo que le correspondería acreditar que el contrato suscrito era un producto idóneo teniendo en cuenta las necesidades y características de la actora, y que eran de tal naturaleza que aquélla contaba con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implicaba la transacción, y nada de esto se ha acreditado.

Pero es que, además, como se ha señalado en el fundamento anterior, también le incumbía probar a la ahora apelante que le informó de forma clara y suficiente de la naturaleza y riesgos del mismo, los cuales de ninguna forma resultaban de la simple lectura del documento por una personas inexperta en temas financieros como lo era la demandante.

El testigo, Sr. Anton , que fue el empleado de la demandada que intervino en la segunda contratación, declaró que el efecto era que durante un plazo determinado "fijaba" los tipos de interés porque nadie sabía cómo iba a evolucionar el Euribor, y que se hicieron simulaciones a la actora de los distintos escenarios que podían presentarse.

Por lo que se refiere a esas supuestas simulaciones, no podemos entender acreditado que se practicaran con esta simple declaración, sin otra prueba que las corrobore, amén de que se desconocería el alcance de las mismas y si con ellas realmente una persona totalmente profana en productos **bancarios** podría llegar a representarse la verdadera naturaleza y riesgos del contrato que estaba firmando.



Se ha sostenido por la demandada que la actora percibió liquidaciones positivas y también pagó las primeras que tuvieron carácter negativo sin formular protesta alguna lo que resultaría indicativo de que conocía la naturaleza y alcance de los contratos.

Sin embargo, no puede otorgarse dicha significación al hecho de que se produjeran unas primeras liquidaciones positivas, y otras negativas, que fueron satisfechas, por la escasa entidad de las mismas (las negativas fueron de 1,36 y 1,39 euros, entre julio del 2008 y junio del 2009).

Después siguió un periodo de liquidaciones igual a "0", y la primera liquidación negativa de importe 339,12 euros, de octubre de 2010 resultó ya impagada, como lo fueron las que siguieron con posterioridad.

La propia denominación del contrato como de "cobertura de hipoteca", sin una información cumplida sobre el alcance del contrato que no se ha probado que se proporcionara, da a entender que se trataba de una especie de seguro, es decir, de un producto que le prevenía de las subidas de tipos de interés, cuando en realidad se trataba de un contrato aleatorio próximo al de apuesta, como señaló la STS de 7 de julio de 2014.

#### **CUARTO. Existencia de error excusable. Nulidad por vicio de consentimiento. Inexistencia de confirmación.**

La demandada no ha probado que prestase la información que venía obligada a proporcionar, sobre las características y riesgos de un producto complejo como el que estaba ofreciendo.

Así las cosas, es cierto, como ha señalado la jurisprudencia, que la falta de información previa no conlleva necesariamente la existencia de un error al contratar, pero permite presumirlo en el caso en que no se prueba que el cliente los conocía y en el supuesto de autos no ha probado la demandada, que es a quien incumbía hacerlo, que la otra parte conociese la verdadera naturaleza de los productos que estaba contratando y de los riesgos que llevaba aparejados. En este sentido, resulta muy esclarecedora la STS 8 julio 2014, en la que se recoge una doctrina reiterada en innumerables sentencias, cuando señala: "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 suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente."

En conclusión, el consentimiento prestado por la actora al suscribir los contratos de autos estuvo viciado como consecuencia de la falta de información imputable a la demandada, lo que ha de llevar a confirmar la declaración de nulidad, por aplicación del art. 1300 CC, en relación con el art. 1265 CC.

#### **QUINTO. Costas.**

Las costas de la alzada han de ser de cargo de la apelante (art. 398.1, en relación con el 394.1 LEC).

### **FALLO**

**EL TRIBUNAL ACUERDA** : Desestimar el recurso de apelación interpuesto por N.G.C. BANCO S.A (ABANCA), contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Sant Boi de Llobregat, en los autos de que este rollo dimana, la cual se confirma íntegramente, con imposición a la apelante de las costas de la alzada.

Con pérdida del depósito consignado.

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.