

## Expediente 3332

Cliente... :  
Contrario : CATALUNYA BANC, S.A.  
Asunto... : ROLLO APELACION 521/16-B  
Juzgado.. : AUDIENCIA PROVINCIAL S.17ª BARCELONA

## Resumen

### Resolución

**19.10.2017 LEXNET DESESTIMACION APELACION CON COSTAS**

### Términos

**21.11.2017 PREGUNTAR SI HAY CASACION**

---

Saludos Cordiales



## Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Llufs Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810142120148251383

### Recurso de apelación 521/2016 -B

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 3 de L'Hospitalet de Llobregat  
Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 1416/2014

Parte recurrente/Solicitante: CATALUNYA BANC S.A

Procurador/a: Ignacio De Anzizu Pigem

Abogado/a: Manuel Jesus Ledesma Garcia

Parte recurrida:

Procurador/a: Ignacio Valenti Nin

Abogado/a: Juan Ignacio Navas Marqués

## SENTENCIA Nº 575/2017

### Magistrados:

- Jose Antonio Ballester Llopis
- Paulino Rico Rajo
- Ana Maria Ninot Martinez

**Lugar:** Barcelona

**Fecha:** 6 de septiembre de 2017

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** En fecha 27 de mayo de 2016 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 1416/2014 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 3 de L'Hospitalet de Llobregat a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Ignacio De Anzizu Pigem, en nombre y representación de CATALUNYA BANC S.A., contra la Sentencia de fecha 26/01/2016, y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Ignacio Valenti Nin, en nombre y representación de

**Segundo.** El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

**"DISPONGO: ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Ignasi Valentí Nin, en nombre y representación de **y DECLARAR la NULIDAD por ERROR en el CONSENTIMIENTO del Contrato Marco de Operaciones financieras de fecha 31 de mayo de 2.007 así como la Confirmación de Operación de un Instrumento Financiero, suscritos entre las partes. CONDENAR a**





**CATALUNYA BANC, S.A a la restitución recíproca de las cantidades cargadas/abonadas por razón de dichos contratos, más los intereses legales devengados por las mismas desde la fecha en que se hizo efectivo cada respectivo cargo y/o abono.**

**CONDENAR a CATALUNYA BANC, S.A al abono de las COSTAS causadas.**

**Tercero.** El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos, y se designó ponente al Magistrado Paulino Rico Rajo.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 06/09/2017.

**Cuarto.** En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Contra la Sentencia dictada en fecha 26 de enero de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de L'Hospitalet de Llobregat en el juicio ordinario registrado con el nº 1146/2014 seguido a instancia de  
contra CATALUNYA BANC, S.A., sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, que estima la demanda con imposición de costas, interpone recurso de apelación CATALUNYA BANC, S.A. en solicitud de que se *"acuerde revocar y revoque la resolución apelada, dictándose una nueva en su lugar por la que:*

- 1. Se declaren ajustados a Derecho el "Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 31 de mayo de 2007", así como, la "Confirmación de Operaciones de Instrumento Financiero", por no concurrir error o vicio en el consentimiento de la parte apelada que los invalide y, en todo caso, por resultar a todas luces éste inexcusable.*

Codi Segur de Verificació: QL6DQ0002F2S0LJBLB2BYHHQAG2MUC

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per: Ninot Martinez, Ana Maria; Ballester Llopis, Jose Antonio; Rico Rajo, Paulino;

Data i hora: 09/10/2017 19:32





2. Y, en su consecuencia, se invalide la condena a la restitución recíproca de las cantidades cargadas/abonadas por razón de dichos contratos, más sus intereses legales; y,
3. Se condene a la adversa, en caso de oposición, a las costas devengadas en esta alzada".

se opone al recurso de apelación y solicita su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida, con imposición de costas.

**SEGUNDO.-** En la demanda rectora del procedimiento del que la presente alzada trae causa la parte actora, tras alegar, en una extensa demanda de 75 páginas, los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, solicitó al Juzgado "la declaración de nulidad del Contrato Marco de Operaciones financieras de fecha 31 de mayo de 2007, así como la Confirmación de Operación de un Instrumento financiero por haber actuado la demandada con abuso de derecho y, en virtud de dicho pronunciamiento, se declara la nulidad de los referidos contratos, condenando a la demandada a la restitución recíproca de las cantidades cargadas/abonadas por razón de dichos contratos más los intereses legales, cantidades que devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de cobro, que se verá incrementado en dos puntos desde la Sentencia, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

La demanda fue admitida a trámite por Decreto de fecha 25 de noviembre de 2014.

La parte demandada compareció en tiempo y forma y se opuso a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, y solicitó la Juzgado que "dicte sentencia DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda con





*expresa imposición de costas a la parte actora".*

Seguido el procedimiento su curso, concluyó mediante la referenciada sentencia estimatoria de la demanda, con imposición de costas, contra la que interpone recurso de apelación CATALUNYA BANC, S.A. en solicitud de lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho.

**TERCERO.-** La apelante formula, en síntesis, las siguientes alegaciones:

“Primera.- De la Sentencia recurrida”.

“Segunda.- Del objeto del presente recurso de apelación”

“Tercera.- Contextualización del debate. Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 31 de mayo de 2007 y de la Confirmación de Operación de Instrumento Financiero suscrito entre las partes. De la no condición de consumidor o usuario de la demandante”.

“Cuarta.- De la acción de nulidad del art. 1.301 Código civil entablada por la demandante y hoy apelada”.

“Quinta.- “Aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien necesitaba dicha información, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos. La seguridad jurídica, asentada en el respecto a lo pactado, impone en la apreciación del error unos criterios razonablemente rigurosos”.

**CUARTO.-** La alegación primera, en la que la actora hace un resumen de lo solicitado por las partes y de la audiencia previa y transcribe el fallo de la Sentencia recurrida,





carece de virtualidad jurídica a los efectos revocatorios de la misma pretendidos.

La alegación segunda da cumplimiento al contenido del artículo 458.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que "2. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna".

La alegación tercera carece asimismo de virtualidad jurídica por cuanto no es objeto de discusión que la actora no ostenta la condición de consumidor o usuario.

**QUINTO.-** Las demás alegaciones, por venir interrelacionadas, se resuelven conjuntamente, teniendo en cuenta la pregunta que se formula la apelante en la alegación segunda sobre si ¿pudo la mercantil demandante haber evitado el error que afirma padecido empleando la diligencia debida, es decir, la de un ordenado y leal comerciante?.

Y es que la actora manifestó en el hecho cuarto del escrito de demanda (pag. 61) que basaba la acción en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado, aunque no lo trasladara al suplico de dicho escrito y lo corrigiera con posterioridad.

Sobre el **error en el consentimiento**, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2012 que "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - *sentencias 114/1985, de 18 de febrero* , *295/1994, de 29 de marzo* , *756/1996, de 28 de septiembre* , *434/1997, de 21 de mayo* , *695/2010, de 12 de noviembre* , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la

Codi Segur de Verificació: CLEPC0002F2S0LJBLBZBYHHGGA2MUC

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signat per Ninot Martínez, Ana Maria; Ballester Llopis, José Antonio; Rico Rajo, Paulino;

Data i hora 09/10/2017 19:32





realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "*pacta sunt servanda*" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "*lex privata*" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - *sentencia de 15 de febrero de 1977* - .

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - *sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas - , esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil - . Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia*

Codi Segur de Verificació: Qi.6DC00Q2F2S0LJBLB2BYHH0QA2MUC

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Aoreça web per verificar: <https://ajusticia.gencat.cat/A/P/consultaCSV.htm>

Signat per Ninot Martínez, Ana Maria; Ballester, Libpis, Jose Antonio; Rico Rajo, Paulino.

Data i hora 09/10/2017 19:32





del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - *sentencias de 8 de enero de 1962* , *29 de diciembre de 1978* y *21 de mayo de 1997* , entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la

Codi Segur de Verificació: CL6DC00Q02F2S0L:BLB2BYHHCCQACZMUC

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/lap/consultacSV.html>

Data i hora 09/10/2017 19:32

Signat per Ninot Martínez, Ana María; Ballester Llopis, Jose Antonio; Rico Rajo, Paulino







representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - *sentencias de 4 de enero de 1982* , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.”.

Y dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2014 que “conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.”.

Más concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de febrero de 2014 dice que “3ª.- Respecto del error puso de manifiesto la *sentencia de 29 de diciembre de 1978* que la voluntad, base esencial del contrato, ha de ser libre, racional y consciente, sin vicios o circunstancias que

Codi Segur de verificació QLEDC00Q02F2S0LUBLB2BYHH0QA2MUC

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ajusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.htm>

Signat per Ninot Martínez, Ana Maria; Ballester Llopis, Jose Antonio; Rico Rajo, Paulino

Data i hora 09/10/2017 19:32





excluyan o limiten dichas condiciones, por lo que la Ley considera un obstáculo para la validez del consentimiento el prestado con error, porque desviándolo del verdadero conocimiento, el que se halla conforme con la realidad y la naturaleza de las cosas y las circunstancias esenciales que lo integran, recae sobre algo distinto de lo querido, rompiendo así, en unos casos, la unidad del mutuo consentimiento y variando, en otros o siempre, el verdadero objeto del contrato o sus circunstancias, en contradicción con el concepto fundamental del mismo, al no responder a lo que quisieron o hubieran querido los contratantes.

4ª.- Parece innecesario destacar la importancia que una adecuada información del inversor tiene, además de para el transparente funcionamiento de los mercados financieros, para una correcta formación de la voluntad de quien contrata con el prestador de los servicios de inversión.

Omitir esa información - que ha de ser imparcial, suficiente, clara y, en ningún caso, engañosa - puede dar lugar a distintas infracciones. En primer término, a la de las normas que la imponen. También puede constituir una actuación contraria a la buena fe que ha de presidir la contratación - *sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014* -; en la *sentencia 243/2013, de 18 de abril*, destacamos que los llamados códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión, integran el contenido preceptivo de la llamada " *lex privata* " o " *lex contractus* " que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos, pues se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante.

Para esas, y otras, infracciones está el ordenamiento dotado de los correspondientes remedios.

Sin embargo, lo que no cabe es considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado - otra cosa es que sea excusable - y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue.

Esa conclusión, que viene motivada por la peculiar estructura de la sentencia recurrida, se formula a los solos efectos de guiar la revisión - reclamada en el motivo - de los juicios de valor que llevaron al Tribunal de apelación a anular, por error de la





demandante, el contrato litigioso.

4ª.- Es claro que cuando, de entre los distintos remedios que el ordenamiento ofrece, se opta por el que lleva a la anulación del contrato por error vicio, se impone obtener la prueba del mismo, demostrando los hechos externos que llevaron a él, esto es, los datos que permitan deducir si lo hubo o no. La jurisprudencia así lo ha exigido tradicionalmente.

La *sentencia de 10 de marzo de 1980* precisó que " *la concurrencia de ese vicio, por implicar una anomalía contractual, no debe admitirse sin una cumplida prueba de su realidad* ". Y la número 495/1995, de 30 de mayo, "*que los vicios del consentimiento sólo son apreciables en juicio si existe una prueba cumplida de la existencia y realidad de los mismos, cuya prueba incumbe a la parte que los alega*".".

**SEXTO.-** La actora es lo que en la actualidad se conoce como cliente minorista, en contraprestación a profesional, sin que por el hecho de que se trate de un Sociedad de Responsabilidad Limitada y de que tratara de forma habitual con entidades bancarias deba presumirse el conocimiento de productos financieros complejos, como es el caso de los denominados swap, esto es, como dice el artículo 78 bis de la Ley de Mercado de Valores, quepa presumir, o se presuma, la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

Por otra parte, sobre la información previa, las versiones de las partes, como suele ser habitual, son contradictorias, con lo que ninguna luz puede considerarse que arroje lo manifestado por los empleados de la demandada sobre la información que suministraron que, en todo caso, se revela insuficiente a la hora de la comprensión de los riesgos del producto.





Y en cuanto a la información contractual, es aplicable lo que dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2015, en el sentido de que "Respecto de las informaciones sobre riesgos contenidas en la documentación contractual, no solo se contienen principalmente en documentos contractuales accesorios o complementarios, alguno de los cuales no aparece siquiera firmado por la Sra. (y esta niega haberlo recibido), mediante menciones insertas dentro de la extensa reglamentación contractual y no siempre resaltadas ni claras (como la mención a la falta de garantía del valor de las "unidades de cuenta"), sino que además no fueron facilitadas a la demandante con la suficiente antelación, al hacerle la presentación del producto.

Sobre este particular, la sentencia de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente « en el marco de las negociaciones con sus clientes ». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información « clara, correcta, precisa, suficiente » que debe suministrarse a la clientela sea « entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación ».

La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

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

Codi Segur de Verificació: QL8D00002F2S0LJELB2BYHH0CAG2MUC

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Ninot Martínez, Ana Maria; Ballester Llopis, Jose Antonio; Rico Rajo, Paulino.

Data i hora: 09/10/2017 19:32





con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable. ”.

En el caso de autos, aplicando la doctrina jurisprudencial dicha, de la documentación contractual no puede considerarse acreditado que la demandada ofreciera suficiente información a la parte actora y, atendido que se está en el caso contemplado por la jurisprudencia de que el cliente no es consciente del riesgo asumido y reacciona ante la recepción, y cargo en su cuenta, de liquidaciones negativas.

**SÉPTIMO.-** Sobre la normativa aplicable, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2015 en cuanto al deber de información, y su incidencia en el error vicio, dice que “Al tiempo en que se concertó el contrato, el 21 de septiembre de 2005, no habían entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y el RD 217/2008, de 15 de febrero, por los que se traspuso la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID ( Markets in Financial Instruments Directive ).

Incluso con anterioridad a la trasposición de esta Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores, como ya advertimos en la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre , se daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se

Codi Segur de verificació Q16DQ0002F2S0LJBLB2BYHH0GAZ2MUC  
Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ajusticia.gencat.cat/A/P/consultaCSV/Atmt>  
Signat per Ninot Martínez, Ana Maria; Ballester Llopis, Jose Antònic; Rico Rajo, Paulino  
Data : hora 09/10/2017 19:32





proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "a asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

" 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 [...].

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" .

9. Consecuencias del incumplimiento de estos deberes de información, respecto de la acción de nulidad basada en el error vicio . Ya advertimos en la Sentencia 840/2013, de

Codi Segur de Verificació: QLEDDQQ002F2S0LJBLB2BYHH0QAQ2MfUC

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Ninot Martínez, Ana María; Ballester, Llopis, Jose Antonio; Rico Rajo, Paulino;

Data i hora: 09/10/2017 19:32





20 de enero de 2014 , que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error” .

Y dando respuesta a la pregunta que hemos transcrito que se formula la apelante en la alegación segunda, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de abril de 2017 (STS 235/2017) dice lo siguiente:

“**SEXTO** .- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

**1.-** La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

**2.-** No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el **swap** que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

**3.-** Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las





estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades, que prestan servicios financieros, debían ofrecer a sus clientes:

«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 [...].

»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».

**SÉPTIMO.-** *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

**1.-** Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de **swap**, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo ( Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; y 727/2016, de 19 de diciembre ).







2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos.

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para





el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el Banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

4.- La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- 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, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, 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 estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela 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.”

Y en el caso de autos, aplicando dicha doctrina jurisprudencial, de la que se evidencia que no es la actora, cliente de la demandada, la que debe emplear la diligencia debida, es decir, la de un ordenado y leal comerciante, como señala la apelante, sino que es la entidad financiera la que debe cumplir con su deber de información sobre la naturaleza y riesgos del productos, al no constar de lo actuado en autos que lo haya efectuado, no pudiendo considerarse como tal lo que figura en el documento de confirmación sobre la fijación del tipo y las consecuencias para el cliente de que el Euribor sea inferior o superior al tipo fijado, no constando tampoco información contractual con suficiente antelación a la firma del contrato, pues de los documentos aportados por la actora se constata que el contrato marco es

Codi Segur de Verificació: QLBDDQ002F2S0i..JBLB2BYHH0GA.G2MUC

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ajusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Ninot Martínez, Ana Maná, Ballester Llopis, Jose Antonio, Rico Rajo, Paulino:

Data i hora 09/10/2017 19:32





de fecha 31 de mayo de 2007 y en el documento de confirmación de operación se señala como fecha de la operación el 29.05.2007 (anterior, por tanto, al contrato marco) y como fecha de inicio el 31.05.2007 (la misma de la firma del contrato marco, procede la desestimación del recurso de apelación.

**OCTAVO.-** La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que expresamente remite el artículo 398.1 del mismo texto legal.

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

#### F A L L A M O S

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por CATALUNYA BANC, S.A. contra la Sentencia dictada en fecha 26 de enero de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de L'Hospitalet de Llobregat en el juicio ordinario registrado con el nº 1146/2014 seguido a instancia de . . . contra CATALUNYA BANC, S.A., sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución. Y con condena en las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional





Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procedase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

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

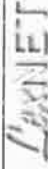
Codi Segur de Verificació: Q16DQ0002F2S0LJBLB2BYHH0GAG2MUC

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ajusticia.gencat.cat/A/P/consultaCSV.html>

Signat per: Ninot Martínez, Ana Maria, Ballester Llopis, Jose Antonio; Rico Rajo, Paulino.

Data : hora 09/10/2017 19:32





### Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

<b>IdLexNet</b>	201710172709788
<b>Asunto</b>	Notifica resolució <sup>3</sup> apelá·lació <sup>3</sup> de senté·ncia   Recurs d'apelá·lació <sup>3</sup>
<b>Remitente</b>	Órgano SECCIÓN Nº 17 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Barcelona, Barcelona [0801937017]
<b>Destinatarios</b>	Tipo de órgano AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL) VALENTI NIN, IGNACIO [675]
<b>Fecha-hora envío</b>	Colegio de Procuradores Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona 18/10/2017 10:48
<b>Documentos</b>	0801937017_20171017_0851_6143674_00.pdf(Principal) Hash del Documento: c4ee0cade13bdad79447f78eaab45298282ba5ab
<b>Datos del mensaje</b>	Procedimiento destino Recurso de Apelación[RPL] Nº 0000521/2016 Detalle de acontecimiento Notifica resolució <sup>3</sup> apelá·lació <sup>3</sup> de senté·ncia

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
18/10/2017 12:36	VALENTI NIN, IGNACIO [675]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
18/10/2017 10:48	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	LO REPARTE A	VALENTI NIN, IGNACIO [675]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(\*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.