

Roj: SAP GC 399/2014 - ECLI:ES:APGC:2014:399
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 4
Nº de Recurso: 162/2012
Nº de Resolución: 124/2014
Fecha de Resolución: 24/03/2014
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA ELENA CORRAL LOSADA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Ilmos. Sres.-

PRESIDENTA: Doña Emma Galcerán Solsona.

MAGISTRADAS: Doña María Elena Corral Losada (Ponente).

Doña Margarita Hidalgo Bilbao.

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 24 de marzo de 2014;

VISTAS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria en el procedimiento referenciado (Juicio Ordinario nº 1854/10) seguido a instancia de D. Jose Daniel , parte apelante, representado en esta alzada por el Procurador D. Adolfo y asistido por el Letrado D. PEDRO VICENTE PARRILLA SÁNCHEZ, contra la CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS, parte apelada, representada en esta alzada por la Procuradora Dña. ANA MARÍA GUZMÁN FABRA y defendida por la Letrada Dña. MERCEDES CABALLERO GUERRA, siendo ponente la Sra. Magistrada Doña María Elena Corral Losada, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia No. 10 de Las Palmas de Gran Canaria se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece:

«Desestimar la demanda interpuesta por don Jose Daniel, absolviendo a CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS de las pretensiones en ella contenidas y condenando al actor al pago de las costas del juicio.»

SEGUNDO.- La referida *sentencia, de fecha 5 de julio de 2011*, se recurrió en apelación por la parte demandante, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación por la representación de D. Adolfo . Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el *art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente, y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló día y hora para discusión, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las

prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que desestimó la demanda en la que un notario pretendía la declaración de nulidad de un contrato de swap o permuta de intereses que se le ofreció como un seguro frente al riesgo de subida de tipos un día antes de su firma y de la del préstamo al que se vinculaba, se alza la parte demandante alegando, en suma:

Que el juez a quo incurre en error en la valoración de la prueba al no considerar que la entidad bancaria indujo a error al cliente al establecer como condición general primera del "Contrato de Gestión de Riesgos Financieros" que "el cliente reconoce y acepta que los instrumentos financieros contratados conllevan un grado de riesgo derivado de factores de riesgo asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de estos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente", cuando a entender del recurrente el contrato no sólo no comportó beneficio económico alguno sino que supuso una pérdida o coste de una cantidad de 58.968,16 €. Señala el recurrente que no es lo mismo que el beneficio esperado de un contrato pueda reducirse o anularse que el que el contrato genere pérdidas considerables.

El juez a quo incurrió en error en la valoración de la prueba también al no tomar en consideración que la entidad de crédito no suministró la información previa exigida por la ley y la jurisprudencia y que la que envió inducía deliberadamente a error sobre la posibilidad de incurrir en pérdidas, tanto el correo electrónico obrante al documento 5 de la demanda, como por el hecho de que no se suministró al demandante el folleto publicitario con el que se vendió el producto suscrito erróneamente por el actor (que manifiesta también ser engañoso) que se adjuntó a la demanda como documento número 30, así como no se le efectuó test alguno de conveniencia o idoneidad, no se le desaconsejó la contratación de dichos productos sin suministrar la suficiente información y se le vendió un producto como un "seguro". No sólo no acreditó la parte demandada la información que había suministrado sino que la actora ha acreditado que la que se le suministró era engañosa, sin que se le explicara en ningún momento que el demandante corría el riesgo de acabar pagando casi 60.000 euros por un producto "que le iba a permitir dormir tranquilo" y con el que "en todo caso, sólo su beneficio podría verse disminuido o anulado".

Señala que las primeras liquidaciones positivas, de los 2 primeros semestres del contrato, no eran más que un anzuelo que no contenían una verdadera ganancia (en los 2 primeros trimestres se pactaba a cargo del cliente sólo el Euribor a 3 meses menos 0,10%, cuando el tipo pactado en el préstamo era el Euribor a 3 meses más 0,50), añadiendo el recurrente que la primera liquidación negativa en contra del demandante fue en marzo de 2009 y la primera reclamación contra el producto fue en enero de 2009, sin que siquiera se pueda aceptar que el cliente sólo quiso impugnar el producto cuando empezó a perder.

El que el cliente sea notario y experto en Derecho no excluye que pueda firmar cualquier contrato, en particular el de autos, con concurrencia de error en el consentimiento, sin que el notario tenga conocimiento de matemáticas financieras, mercados de productos financieros de riesgo, etc. y habiéndose informado al contratante que el mismo era un seguro que le protegía frente a las subidas de tipos de interés cuando en el contrato sólo se expone que, en determinados momentos "su beneficio podría disminuir o anularse" pero en él no se establece -ni se le informó- que puedan devengarse liquidaciones negativas.

Entiende el recurrente que el demandante es consumidor de servicios de inversión y como tal consumidor de dichos servicios, y en tal concepto los contrató, siendo la cuenta corriente asociada al contrato objeto de litis de uso personal y ajeno al ámbito de actividad profesional, habiéndose suscrito el contrato por el demandante y su esposa para la sociedad

de gananciales, sin que sea obstáculo a la condición de consumidor el que la finalidad del préstamo lo fuera para adquirir deuda pública apta para la materialización de la Reserva de Inversiones en Canarias, lo que supone que son de aplicación los arts. 8 y 9 de la Ley 7/998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, suponiendo el contrato un claro desequilibrio contractual toda vez que en el escenario de ganancia para el demandante éste no podía hacerlo en una cuantía superior a 0,15% de descuento sobre el variable pactado "si el euribor a 3 meses era superior al 4,5%", mientras que cuando perdía podía llegar a hacerlo hasta en un 300% más de lo que le costaba abonar los intereses del préstamo, al no fijarse suelo para el banco.

La desigualdad se manifiesta igualmente en la cláusula que "reconoce el derecho de la caja de suspender la contratación en cualquier momento de la vida del contrato, si a juicio de esta última, se entendiese que se han alterado sustancialmente la situación en la que se contrata el producto, posibilidad que, de otro lado, no se confiere a nuestro patrocinado", por lo que entiende que "un contrato de adhesión en el que la entidad financiera predispone el contenido del contrato, y en el que sólo ésta puede ganar y al tiempo, puede apartarse del contrato, resolviéndolo unilateralmente cuando a sus únicos intereses convenga, no es un contrato equilibrado por ser sus cláusulas señaladas abusivas, debiendo declararse subsidiariamente la nulidad de todo el contrato al afectar a sus elementos esenciales, tales como son la vida del propio contrato y/o los efectos que éste generará".

Entiende que también se incurre en error en la valoración de la prueba al no considerar los contratos objeto de litis como celebrados fuera de establecimiento mercantil, a iniciativa del vendedor, sin que el correo electrónico en el que el demandante señala al Director de la entidad demandada que "cuando tengas la póliza me la traes por aquí" se refiriera al contrato de permuta de intereses o de gestión de riesgos financieros ya que se refería únicamente a la póliza de préstamo, sin que de parte del demandante hubiera ningún tipo de iniciativa en orden a la concertación de los productos que le fueron vendidos, y sin ofrecerle el preceptivo derecho de desistimiento reconocido por el *artículo 110 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* ", derecho de desistimiento que obliga al empresario ofertante a "informarle por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido" debiendo "entregarle, además, un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que expresa el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere", correspondiendo "al empresario probar el cumplimiento" de lo anterior, reconociendo el *art. 112 del mismo TR de la LGDCU* que el contrato concertado con infracción de los requisitos establecidos por los arts. 69, 1 y 111 podrán ser anulados a instancia del consumidor y usuario", por lo que en todo caso debían haberse estimado, de forma subsidiaria a las acciones instadas en los puntos 1 al 3 del suplico de la demanda, la acción de nulidad que se señalaba en el punto 4 del mismo.

Que además se incurre en error en la valoración probatoria y jurídica al no considerarse abusivas las cláusulas siguientes: 1) El establecimiento de una penalidad por mora consistente en el interés legal del dinero multiplicado por cuatro sólo en el caso de incumplimiento de nuestro representado, mas no para el caso de que fuera la Caja quien incumpliera; 2) el reconocimiento de un derecho de compensación de deudas y créditos (en su sentido más amplio) solamente a favor de la Caja y no al Cliente; 3) la facultad conferida a la Caja y no a nuestro representado, de vender cualesquiera de sus valores para aplicarlos al cobro de sus créditos o de retener los valores del mismo con idéntica finalidad; 4) la posibilidad que se reconoce a la Caja y no a nuestro representado de ceder su posición contractual sin consentimiento de la otra parte.

En todo caso resulta improcedente la imposición de costas a la parte demandante por cuanto existen dudas de hecho y de derecho sobre la cuestión litigiosa.

SEGUNDO.- Recientemente esta Sala se ha pronunciado sobre varias acciones de nulidad de contratos de permuta de intereses en diversas sentencias, en todo caso examinando contrato a contrato y las concretas circunstancias concurrentes en cada caso en cuanto a la suscripción del contrato, tanto respecto a la información previa facilitada al cliente, como respecto al perfil inversor de éste como respecto al contenido y cláusulas del contrato mismo (en cuanto las mismas puedan ser abusivas, desequilibradas o puedan ser ambiguas y confusas provocando error en el contratante del producto sobre el objeto del contrato y sus efectos).

Con carácter general, examinando la jurisprudencia más reciente recaída en el TJUE (y en particular la *STJUE de 30 de mayo de 2013*, que deja meridianamente claro que el SWAP es en todo caso un producto derivado y complejo, de gran riesgo, constituyendo la recomendación al cliente relativa a la suscripción del contrato "en su calidad de inversor" o presentada "como conveniente para el cliente" o que "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 un servicio de asesoramiento en materia de inversión"), hemos razonado en *nuestra reciente sentencia de 7 de junio de 2013* que:

SEGUNDO.- Pese a que las entidades de crédito vienen sosteniendo en diversos procesos que no son de aplicación las normas de protección de inversores que se comprenden en la Directiva MIDIF 2004/39 y en la Ley del Mercado de Valores a los swaps de intereses que dichas entidades ofertaron a los prestatarios de préstamos hipotecarios (como son los dos contratos que se ofertaron por la entidad a los demandantes) y que la comercialización de swaps de intereses no comportaba servicio de asesoramiento al inversor (que reforzaba las exigencias de información al inversor sobre todas las circunstancias relativas al producto ofertado y la información de que la entidad disponía sobre el riesgo objeto de cobertura) por ofertarse de modo vinculado a contratos de préstamo con garantía hipotecaria, lo cierto es que debe rechazarse totalmente dicha interpretación parcial y sesgada respecto a un producto de inversión complejo y cuya concertación comportaba extremado riesgo (hasta el punto de que de ser un pretendido instrumento de "cobertura de riesgos" se ha revelado en sus efectos prácticos como un instrumento financiero complejo generador de enormes riesgos -que es el inversor quien finalmente llega a "cubrir" a la entidad de crédito y no ésta a él, ya que la experiencia está demostrando que al menos respecto a los comercializados entre los años 2007 a 2010 el inversor está "cubriendo" el riesgo de bajada de los tipos de interés de la entidad de crédito en lugar de ésta "cubrir" el de alza de los tipos de interés para el inversor y como se refleja en el informe del Defensor del Pueblo obrante a los folios 60 a 62 de las actuaciones-).

Las entidades de crédito venían entendiendo que la normativa MIDIF no era de aplicación por serlo la excepción contemplada en el *apartado 9 del artículo 19 de la Directiva 2004/39*, pero esa sesgada interpretación que vulneraba claramente las normas establecidas para la protección del inversor por la Unión Europea (transcritas en la modificación efectuada en el año 2007 de la Ley del Mercado de Valores) y que intentaron sostener también conjuntamente la CNMV y el Banco de España en su nota conjunta publicada el 20 de abril de 2010 -que ningún valor normativo tiene frente a lo claramente dispuesto en la Directiva y en la Ley- ha sido completamente rechazada por la reciente e importantísima *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11)* que ha dejado claramente sentado (como ya había anticipado por otra parte la Comisión Europea) que:

1) La finalidad que se persigue con la Directiva MIFID 2004/39 y las normas nacionales de Derecho interno que la transponen es ofrecer a los inversores un alto nivel de protección (considerandos 2 y 31 de la Directiva 2004/39).

2) Son servicios y actividades de inversión cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I en relación con cualquiera de los instrumentos

enumerados en la sección C del anexo. Entre dichos servicios y actividades de inversión se encuentra, en la sección A, el asesoramiento en materia de inversión, asesoramiento que consiste en "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros", encontrándose entre los instrumentos financieros enumerados en la sección C del anexo (punto 4 de dicha sección) los "contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps"), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados". En suma: los swaps de intereses son instrumentos financieros complejos (por expresa mención de la Directiva entre ellos) y la oferta personalizada de dichos instrumentos financieros complejos comporta obligación de la entidad ofertante (necesariamente ESI, autorizadas y registradas) de clasificación del cliente, de realización del correspondiente test de idoneidad del inversor, de realización de juicio sobre la adecuación del producto o servicio para el cliente o posible cliente y de advertencia expresa al cliente de que el producto no es adecuado para el cliente, si así lo fuere.

3) El artículo 19 de la Directiva 2004/39, situado entre las "Disposiciones para garantizar la protección del inversor" y titulado "Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes dispone en sus apartados 4 a 6 y 9 que:

"4.- Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

5.- Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presente servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente.

En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

En caso de que el cliente o posible cliente decida no facilitar la información solicitada a que se refiere el párrafo primero o no facilite información suficiente en relación con sus conocimientos y experiencia, la empresa de inversión advertirá al cliente o posible cliente de que dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

6.- Los Estados miembros permitirán que, cuando las empresas de inversión presten servicios de inversión que se limiten exclusivamente a la ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, dichas empresas presten dichos servicios de inversión a sus clientes sin necesidad de obtener información o hacer la valoración mencionadas en el apartado 5 cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- que dichos servicios se refieran a acciones admitidas a cotización en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, a instrumentos del mercado monetario, obligaciones u otras formas de deuda titulizada (excluidas las obligaciones o los valores de deuda titulizada que incluyan derivados, OICVM y otros instrumentos financieros no complejos.

9.- En caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitarias o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo".

4) El artículo 52 de la Directiva 2006/73 clarifica además que:

"A efectos de la definición de "asesoramiento en materia de inversión" que figura en el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39/CE, se entenderá por recomendación personal o una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, o en su calidad de agente de un inversor o posible inversor.

Esa recomendación deberá presentarse como conveniente para esa persona o deberá basarse en una consideración de sus circunstancias personales, y deberá constituir una recomendación para realizar alguna de las siguientes acciones:

comprar, vender, suscribir, canjear, reembolsar, mantener o asegurar un instrumento financiero específico.

Ejercitar o no ejercitar cualquier derecho conferido por un instrumento financiero determinado para comprar, vender, suscribir, canjear o reembolsar un instrumento financiero.

Una recomendación no se considerará recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o al público"

5) La sentencia analiza las dos únicas situaciones de excepción a la necesidad de llevar a cabo la evaluación de la idoneidad y conveniencia del servicio que ha de prestarse contempladas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39. Rechaza totalmente que a las denominadas permutas de tipos de interés (swaps) se les pueda aplicar la excepción del apartado 6 del art. 19 de la Directiva desde que la sola inclusión de dichos contratos en el anexo I, sección C, punto 4 de la Directiva excluye, de conformidad con el artículo 38 de la Directiva 2006/73, que tengan la consideración de no complejos. Y respecto a la excepción contemplada en el apartado 9 del artículo 19, a cuya aplicabilidad al caso de oferta separada de permuta de tipos de interés accesoria, vinculada o conjunta con préstamos con garantía hipotecaria se refieren algunas de las cuestiones planteadas al Tribunal, razona que:

"39.- A este respecto, el precepto enunciado en el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, supone una excepción al sistema de evaluaciones que dicho artículo prevé para la prestación de servicios de inversión por parte de las empresas de inversiones, por lo que debe ser objeto de interpretación estricta. Esto es así con mayor razón puesto que, de conformidad con la rúbrica de la sección 2, que figura dentro del título II, capítulo II, de dicha Directiva, donde se encuentra ubicado su artículo 19, dichas evaluaciones son medidas que pretenden garantizar la protección de los inversores, protección que como se indica en los considerandos 2 y 31 de la misma Directiva, es uno de los objetivos de ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de marzo de 2012, Nilas y otros, C-248/11, Rec. P. I-0000, apartado 48).

40.- Por otra parte, el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 precisa que el servicio de inversión "se ofrezca" como parte de un producto financiero.

41.- Dicto precepto señala asimismo que, si se ofrece un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas como las que allí se mencionan, "dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas" en el artículo 19 de la Directiva 2004/39. Ahora

bien, la utilización del término "además" da por sentado que dicho servicio ya ha estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información. Se dará este caso ÚNICAMENTE SI FORMABA PARTE INTRÍNSECA DE UN PRODUCTO FINANCIERO en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto.

42.- En estas circunstancias, debe considerarse que un servicio de inversión sólo se propone como parte intrínseca de un producto financiero, a efectos de lo dispuesto en el *artículo 19, artículo 9, de la Directiva 2004/39*, cuando forma parte de ese producto financiero en el momento en que éste se ofrece al cliente".

...

44.- A este respecto, el hecho de que la duración del instrumento financiero al que se refiere dicho servicio sobrepase la del citado producto, de que un instrumento financiero único se aplique a distintos productos financieros ofrecidos al mismo cliente o que el instrumento y el producto se ofrezcan en contratos diferentes son indicios de que ese mismo servicio no forma parte intrínseca del producto financiero en cuestión. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto al apreciar el vínculo entre el servicio y el producto financiero".

6) Pero es que incluso cuando es de aplicación la excepción del *artículo 19, apartado 9 de la Directiva 2004/39* porque sí se ha ofertado el servicio de inversión como parte intrínseca del producto financiero sujeto a otras disposiciones o normas en materia de evaluación o de información (en este caso la bancaria y específicamente la relativa a comercialización de productos hipotecarios) si bien esas evaluaciones pueden no coincidir con las enunciadas en los *apartados 4 y 5 del artículo 19 de la Directiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea* se cuida de precisar que:

47.- Sin embargo, aun cuando el *artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39* no exige que las disposiciones o normas mencionadas en dicho precepto conlleven exigencias idénticas a las obligaciones señaladas en ese artículo, dichas disposiciones o normas deben referirse no obstante, como se desprende del tenor del *artículo 19, apartado 9, de la directiva 2004/39*, a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información. Ahora bien, habida cuenta del objetivo del *artículo 19 de la Directiva 2004/39*, que, como se desprende del apartado 39 de la presente sentencia es, entre otros, la protección de los inversores, dichas disposiciones o normas deben permitir la valoración de los riesgos de los clientes o establecer requisitos de información que asimismo incluyan el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en el *artículo 19 de la Directiva 2004/39*.

48.- Resulta de las precedentes consideraciones que el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004(39) debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto DEBE PERMITIR UNA VALORACIÓN DEL RIESGO DE LOS CLIENTES O ESTABLECER REQUISITOS DE INFORMACIÓN que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19."

7) Se plantea al Tribunal la cuestión de si ofrecer un contrato de permuta a un cliente para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que dicho cliente ha suscrito es o no un servicio de asesoramiento en materia de inversión, partiendo el Tribunal para darle respuesta de que cuando una empresa de inversión presta asesoramiento en materia de inversión a un cliente dicha empresa debe llevar a cabo la evaluación prevista

en el *artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39*, consistiendo el asesoramiento en materia de inversión en la "prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a los instrumentos financieros" (*artículo 4, apartado 1, punto 4 de la Directiva 2004/39*), concepto el de "recomendaciones personalizadas" que se precisa en el *artículo 52 de la Directiva 2006/73*, con arreglo al cual, concretamente, "se entenderá que una recomendación es "personalizada" si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales", sin que formen parte de este concepto las recomendaciones divulgadas exclusivamente a través de canales de distribución o destinadas al público. Y concluye el TJUE que:

53.- Se desprende de los preceptos citados en los dos apartados anteriores que la cuestión de si un servicio de inversión es un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente.

54.- A falta de precisiones en la resolución de remisión respecto a la forma en que los contratos de permuta de que se trata en el litigio principal fueron ofrecidos a Genil 48 y a CHGV, corresponde al tribunal remitente apreciar el posible carácter personalizado de las recomendaciones en relación con dichos contratos, atendiendo a los criterios enunciados en el *artículo 52 de la Directiva 2006/73* y, por lo tanto, la necesidad o no de que la empresa de inversión de que se trate lleve a cabo la evaluación prevista en el *artículo 19, apartado 4, de la Directiva 2004/39*.

55.- Por lo tanto, procede responder a la primera cuestión que el *artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39* debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de 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".

8) Por último se plantea al TJUE cuáles son las consecuencias contractuales que debe conllevar la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio en materia de inversión, de las exigencias de evaluación previstas en el *artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39*, respondiendo el Tribunal que si bien la Directiva no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transponen el *artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39*, ni cuales podrían ser esas consecuencias, y que a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones respetando los principios de equivalencia y efectividad (véase, en este sentido, la *sentencia de 19 de julio de 2012, Littlewoods Retail y otros, C-591/10*, Rec. P. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada). Pues bien, los apartados 27, 28, 31, 32 y 33 exponen los conceptos y consecuencias que se derivan de dichos principios (que para Gervasio están relacionados además con principio de interpretación conforme desarrollado por el TJUE que en innumerables sentencias ha dejado sentado que el aplicador de los diversos Derechos nacionales, sea un juez o una Administración, debe hacer todo lo posible para interpretar su Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario):

"27.- A falta de normas en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las condiciones en que deben abonarse tales intereses, incluido lo referente a su tipo y modo de cálculo (interés simple o interés

compuesto). Dichas condiciones deben respetar los principios de equivalencia y efectividad, es decir, no ser menos favorables que las que se aplique a reclamaciones similares basadas en normas de Derecho interno ni estar estructuradas de una forma que hagan prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión (véanse, en este sentido, las *sentencias San Giorgio, antes citada, apartado 12; Weber's Wine World y otros, antes citada, apartado 103 y de 6 de octubre de 2005*, My Travel, C-291/03, Rec. P. I-8477, apartado 17).

28.- Conforme a reiterada jurisprudencia, el principio de efectividad prohíbe a los Estados miembros hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (véanse las *sentencias de 7 de enero de 2004*, Wells, C201/02, Rec. P. I-723, apartado 67, y *de 19 de septiembre de 2006*, I-21 Gernay y Arcor, C-392/04 y C-422/04, Rec. P. I-8559, apartado 57).

31.- Al comprobar si se ha respetado el principio de equivalencia en el asunto principal, procede recordar que el respeto de ese principio exige que la norma nacional de que se trate se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes. Sin embargo, el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todas las acciones entabladas en un determinado ámbito jurídico. Para comprobar si se respeta este principio le corresponda al órgano jurisdiccional nacional, que es el único que conoce directamente la regulación de los recursos para obtener una restitución dirigidos contra el Estado, verificar si la regulación procesal destinada a garantizar, en Derecho interno, la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión otorga a los justiciables se atiene a este principio, y examinar tanto el objeto como los elementos esenciales de los recursos de carácter interno supuestamente similares. A este respecto, el órgano jurisdiccional debe verificar la similitud de estos recursos desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales (véase, en este sentido, la *sentencia de 29 de octubre de 2009*, Pontin C- 63/08, Rec. P. I-10467, apartado 45 y jurisprudencia citada).

También recientísimamente el *Tribunal Supremo*, en una *sentencia dictada el 18 de abril de 2013* en relación con la prestación de servicio de gestión de cartera de inversión (que se equipara por el apartado 4 del artículo 19 de la Directiva en cuanto obligaciones de información y de recomendación personalizada del producto conveniente al cliente a los demás servicios de asesoramiento) ha conocido de una acción de reclamación de responsabilidad contractual por incumplimiento de los deberes de información que la entidad de crédito había de cumplir en relación con la información que estaban obligadas a cumplir las empresas del mercado de valores en relación a la adquisición para la cartera de valores del inversor, aconsejada por el banco, entendiéndose el Tribunal Supremo que incurre en dicha responsabilidad la entidad de crédito que ni suministró información completa y clara al inversor ni actuó de buena fe "cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir. Los demandantes optaron por un perfil de riesgo "muy bajo", que era el más conservador de los cinco posibles. Si la empleada del banco que les atendió marcó a continuación, y tras preguntar a los clientes, en las casillas que posibilitaban invertir en valores de riesgo elevado (pues marcó todas las casillas salvo la residual de "cualesquiera contratos u operaciones." es evidente que existe una contradicción no explicada ni resuelta". Y añade que "no se acepta la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial que justifica la corrección de la actuación de BBVA en que la normativa reguladora del mercado de valores no impide a clientes conservadores solicitar inversiones en productos de riesgo. Lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en

el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida". Entiende el Tribunal Supremo que "la obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad" y que el cliente "confía, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. Al cliente que ha comunicado al profesional que desea inversiones con un perfil de riesgo muy bajo no puede perjudicar que no haya indagado sobre el riesgo que suponían los valores cuya adquisición le propone dicho profesional, porque no le es jurídicamente exigible". En suma, el banco no informó al cliente cuya cartera gestionaba del riesgo que comportaba la inversión en preferentes de Lehman Brothers y "no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión".

TERCERO.- En el mismo sentido ha de considerarse la recientísima *sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014*, que aprecia la nulidad de un swap de inflación respecto a cuya contratación se partía como hechos probados de que:

"No consta que el legal representante de Gregorio tuviera conocimientos financieros específicos, ni que se cumplieran los requisitos legales para considerar a la demandante inversor profesional. Tampoco existe prueba de que se hubiera realizado el test de conveniencia ni el de idoneidad.

La única información precontractual de la que queda constancia son dos e-mails cruzados entre los representantes de la entidad financiera demandada y de la sociedad demandante, en los que no se informa del riesgo de la operación, sino que se explica el producto como si se tratara de un seguro financiero frente a la inflación".

Y tras explicar la ratio legis de la imposición de los deberes de información y asesoramiento y su alcance, que tiene su origen en la asimetría informativa en la contratación de los swaps que impone la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros y que responden a un principio general, que "todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate", principio general que es consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contienen en el *art. 7 CC*, deber genérico que "conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar".

Expone cuales son los deberes de información sobre los instrumentos financieros conforme a lo dispuesto en el *art. 79 bis de la LMV y el artículo 64 del RD 217/2008 de 15 de febrero*, que comportan que debe describirse el producto incluyendo "una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas", explicación que debe incluir, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información: "a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.; b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse. c) La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento

financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero; d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Señala además que las entidades financieras están obligadas a evaluar la conveniencia y la idoneidad, debiendo "valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad", debiendo realizar al cliente un test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento (*art. 79 bis 7 LMV y 19,5 Directiva 2004/39/CE*), evaluación con la que se trata, como aclara el *art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero* , de "cerciorarse de que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado", información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente, que conforme a lo dispuesto en el *art. 74 del RD 217/2008 de 15 de febrero* "incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual, y en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes". Dejando claramente sentado el Tribunal Supremo que en el caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada "la entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convenga", para lo cual conforme al *art. 72 RD 217/2008 de 15 de febrero* , las entidades financieras deberán obtener de sus clientes la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes "y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que deber recomendarse. cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos y las finalidades de la inversión; b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde un punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (.); c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción".

Expuesto lo cual, y con referencia a la *STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011)* y al *artículo 4,4 de la Directiva 2004/39/CE* , recuerda que "El Tribunal de Justicia entiende que 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", entendiéndolo el Tribunal Supremo en consecuencia que en el caso que examinó "Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas" y lo hizo incumpliendo sus deberes, sin realizar un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, juicio que comportaba la obligación de haber "suministrado al cliente una

información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía".

Sentado el incumplimiento de los deberes de información, entra a examinar la doctrina jurisprudencial recaída sobre el error vicio regulado en el *art. 1266 CC* en relación con el *art. 1265 del CC* y los *arts. 1300 y siguientes del mismo cuerpo legal*, dejando sentado en primer término que "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", exigiéndose que "la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanzas de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error".

Considera el Tribunal Supremo que si bien el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio "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", que el error "debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap", y entiende que el hecho de que el apartado 3 del *art. 79 bis* de la LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos como el swap el deber de suministrar al cliente minorista una "información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos" muestra que "esta información es imprescindible para que el cliente pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero", por lo que en el caso que examinó el Tribunal Supremo "el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado", de modo que el deber de información "presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada", añadiendo que "al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera, incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Entiende el Tribunal Supremo que "en un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista 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".

Finalmente el Tribunal Supremo formula una conclusión de extremada importancia para la resolución de los asuntos en que se plantea la nulidad de contratos de swap (y en general productos de inversión complejos) por error en el consentimiento cuando se ha infringido el deber de información: que sí bien la falta de información no impide que en algún caso el cliente goce de ese conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, esa falta de información "lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratada y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento" y "por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo".

CUARTO.- En el supuesto que es objeto del presente recurso de apelación son hechos probados de los que debe partirse para resolver el litigio los siguientes:

El demandante, notario, obligado a invertir la cantidad destinada a la Reserva Canaria de Inversiones en alguno de las finalidades previstas en la normativa tributaria del régimen fiscal Canario, había solicitado una gran participación en el prorrateo de deuda pública canaria (uno de los productos aptos para la RIC) . El 7 de diciembre de 2007 el notario, había remitido un correo al Director de la Sucursal de Caja Canarias pidiéndole información sobre cuánto se le había adjudicado en el prorrateo. El demandante pretendía financiar la adquisición de la deuda pública con un préstamo "blando" previsto para ese tipo de inversión que en condiciones muy ventajosas ofertaba la Caja de Canarias y del producto y de sus condiciones venían hablando en los días anteriores el notario y el director de la sucursal.

El día 10 de diciembre de 2007 el Director de la sucursal de Caja Canarias remitió al correo personal del demandante el siguiente mail:

"Estimado D. Jose Daniel.

Buenos días, el viernes estuve de vacaciones, pero la subdirectora me avisó y llamé a Roberto. Le correspondió a usted un importe de 985.000 euros. Ante el escenario de tipos de interés que se avecina, le comenté a Roberto una alternativa denominada cobertura de tipos de interés que es un seguro sin coste inicial. Me gustaría comentarle cómo funciona y qué ventajas tiene para hacerlo junto con la operación"

No consta que nunca antes de esta fecha le hubiera sido comentado al demandante la existencia de este producto ni sus características, que se le hubieran realizado test de idoneidad y de aptitud, que se le hubiera ofrecido productos similares o se le hubiera explicado su funcionamiento, ni que hubiera contratado ningún producto financiero de alto riesgo. Hasta entonces el demandante sólo había concertado como productos de inversión los usuales entre clientes minoristas, entre ellos participaciones en dos fondos de inversión, uno de dinero y otro de gestión dinámica de valores, que no pueden calificarse ni por su naturaleza ni por su objeto y contenido como productos de complejidad (se compran simplemente participaciones en un fondo que está gestionado por expertos en el mercado financiero en el que dicho fondo hace las inversiones, por lo que ninguna complejidad supone para el cliente), ni como productos de elevado riesgo (siempre se conserva el valor de las participaciones subyacentes y en todo caso el máximo riesgo posible asumido sería el de pérdida de las cantidades invertidas, nunca superior), ni como productos derivados (que no lo son, aunque los gestores del fondo, gestores especializados en ese tipo de inversiones financieras y que siguen día a día los mercados y su evolución, puedan invertir en parte en derivados), contra lo que caracteriza al swap, contrato altamente especulativo y aleatorio, en el que sin inversión inicial alguna por parte del cliente, éste puede sufrir elevadas pérdidas sin límite o hasta límites muy elevados, sin que sirva como referente de la máxima pérdida posible ni la cantidad invertida -ninguna- ni el nocional del contrato.

No se ha acreditado que el Notario tuviera conocimientos financieros ni generales ni específicos, ni experiencia alguna, ni personal ni profesional en relación con contratos de swap, en los que no consta tampoco haya tenido con anterioridad a la suscripción de su propio contrato, intervención profesional alguna. Tampoco que tuviera conocimientos sobre evaluación de riesgos financieros ni sobre valoración del riesgo de alza o baja de los tipos de interés.

Se ha acreditado que el Director de la Sucursal se desplazó a la notaría el día 11 de diciembre de 2007 para presentar a la firma al notario los dos contratos cuya nulidad se pretende en la demanda, el "contrato básico de servicios de inversión" (folios 58 y siguientes) y el "contrato de gestión de riesgos financieros" (folios 63 y siguientes). Respecto de dichos contratos no se ha acreditado por la parte demandada (sobre la que pesa la carga de la prueba) que se hubiera informado previamente al cliente, que se le hubieran realizado test de conveniencia como cliente para concertar el negocio ni de idoneidad del producto para sus objetivos de inversión (pese a lo que la propia entidad de crédito reconocía en el contrato de servicios de inversión que se obligaba al asesoramiento del cliente, que estaba sujeto a la Directiva 2004/39/CE, a la Directiva 2006/73/CE y que el perfil del cliente a su entender era el de minorista o profesional, obligándose la caja en consecuencia (folio 59) a que:

"en toda la información que la Caja de Canarias proporcione, relativa a instrumentos financieros o servicios de inversión, se tendrá en cuenta, especialmente, la categorización, haciendo especial hincapié en las características del tipo específico de instrumento, así como a los riesgos inherentes al mismo, de manera suficientemente detallada que le permitan adoptar decisiones de inversión de forma fundamentada".

Y estableciéndose la posibilidad de solicitar información previa al cliente sobre sus conocimientos y experiencia relativos al instrumento que se le vaya a ofrecer (idoneidad), obligándose expresamente (folio 60) la Caja a que "cuando para prestar el servicio de asesoramiento en materia de inversión o gestión de cartera, en su caso, no se haya obtenido la anterior información, la Caja de Canarias no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente".

Sobre la base de ese contrato básico de servicios de inversión, se firmó el día 11 de diciembre de 2007, el mismo de fecha de firma del préstamo, en documento privado y en la oficina del notario el contrato de swap cuya nulidad se pretende, denominado "contrato de gestión de riesgos financieros" sobre cuyo clausulado y contenido se expondrá más adelante, que dio lugar a cargos en la cuenta del notario por cantidad de más de 58.000 euros hasta la fecha de presentación de la demanda, y respecto del que no puede aceptarse como información previa realizada al cliente la que pretende presentar la parte demandada al documento 2 de la contestación (folios 217 y siguientes), consistente en un mail dirigido a persona distinta al notario aunque trabajara en la notaría y un documento de publicidad genérica adjunto a ese mail y referido a un producto distinto al que es objeto de autos y que se comercializaría varios meses después al litigioso. La única información previa acreditada es el mail anteriormente transcrito en el que claramente se ofrecía el producto como un seguro ante un escenario que veladamente se sugería como de subida de tipos de interés, sin que las meras declaraciones del Director de la Sucursal (que ni siquiera recordaba qué documentos pudo exhibir al cliente en su oficina fuera de los contratos mismos) no corroboradas por ninguna otra prueba, permitan tener por cumplida por la entidad de crédito la carga probatoria de qué fuera lo que informó.

El préstamo personal suscrito, garantizado con prenda de créditos, establecía como tipo de interés el de euribor a 3 meses más 0,5% con un suelo (no denominado como tal sino como "tipo de interés mínimo") de un 2%. Se suscribió dicho préstamo por el demandante y por su esposa, como personas físicas. En el swap se establecía un tipo a cargo del cliente para los 2 primeros trimestres de euribor a 3 meses más 0,10% y en los trimestres 3 al 14 euribor a 3 meses -0,15% si el euribor a 3 meses es mayor o igual al tipo del 5% y en otro caso el 4,5%.

De este modo, con el swap el "suelo" se elevaba a un mínimo de 4,5% pudiendo llegar al 5% pero el techo se fijaba en el 5,25%, sólo un 0,55% aproximadamente sobre el tipo de interés aplicable al contrato en el momento de su concertación (del 4,69% -folio 68-).

Deben destacarse, del contenido del contrato de gestión de riesgos financieros (que no se define en lugar alguno como permuta de intereses, no como swap sino como "contrato de gestión de riesgos financieros"), las dos primeras cláusulas:

"I. Que el cliente por razón de su actividad mercantil se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión pretende optimizar. Para ello, con el objeto de establecer un marco general que le permita gestionar la totalidad o una parte de ese riesgo financiero, el Cliente pretende firmar con la Caja el presente CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS.

II.- El cliente reconoce y acepta que los instrumentos financieros contratados al amparo de este contrato, conllevan un grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente CONTRATO." Haciendo a continuación manifestaciones complementarias en las que en ningún momento se incluye advertencia alguna de riesgo de pérdida sino sólo la anterior advertencia de poder reducirse e incluso anularse el beneficio económico esperado.

No se incluye, ni en el clausulado general ni en el particular, simulación alguna del coste que, en distintos escenarios previsibles de evolución de tipos de interés, podía suponer el producto para el cliente. No aparece tampoco ni consta probado que se le informara sobre cuáles eran los escenarios previsibles de evolución de tipos de interés, según la información de que contara la entidad de crédito.

Pues bien, si se considera que pese al carácter de experto en Derecho que puede presumirse del Notario éste puede carecer de todo conocimiento sobre productos financieros y los concretos riesgos que comportan en cada caso, ni sobre qué producto financiero pueda ser más conveniente a sus intereses y objetivos de inversión -conocimiento que no ha probado la entidad de crédito que ofertó el swap-, que no consta que el Notario hubiera tenido experiencia alguna previa en relación con swaps -ni siquiera desde el punto de vista jurídico, mucho menos desde el examen del objeto del contrato, el riesgo de variación del tipo de interés- y que en el presente caso la información que se facilitó era claramente engañosa (se insinuaba un escenario previsible de subida de tipos, se descartaba implícitamente la generación de pérdidas y se presentaba el producto como "una alternativa denominada cobertura de tipos de interés que es un seguro sin coste inicial" sin advertir de modo comprensible que sí se podrían generar muy elevados costes no iniciales, ni en las liquidaciones provisionales ni en supuestos de cancelación del contrato y sin informar de ningún otro producto alternativo que pudiera responder mejor a los objetivos de inversión y perfil de riesgo del cliente minorista que el notario era, sin que se cumplieran por la entidad de crédito las exigencias de información precontractual del test de idoneidad (que comprende el de conveniencia) y sin que se acredite por la entidad financiera que el Notario disponía previamente de la información que la entidad de crédito debió facilitarle, no cabe duda de que debe presumirse la concurrencia de error esencial y excusable en el consentimiento del demandante que obliga a la estimación de la demanda.

Por último y ante las alegaciones de la entidad de crédito, debe dejarse constancia que la Sala entiende que la oferta de un contrato de "gestión de riesgos" del cliente (como se titulaba el swap por la entidad de crédito) en modo alguno comporta que el cliente para la "gestión de sus riesgos" tenga que asumir el riesgo de bajada de tipos (riesgo no propio, sino de la entidad de crédito que con conflicto de intereses contrataba con él), sin que le informaran siquiera del coste que podría suponerle la contratación de un cap (que sí cubriría

los riesgos del cliente sin que éste asumiera los ajenos), cap que no tiene porqué ofertarse con vinculación a un floor que a quien cubre realmente es a la entidad bancaria que lo incluía en el contrato ofrecido al cliente como el "más conveniente" para los intereses del minorista.

QUINTO.- Como señala el profesor D. SERGIO NASARRE AZNAR en su artículo "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria" publicado en el número 727 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, "los swaps provocan una técnica financiera de hedge u ocultación para paliar o minimizar determinados riesgos que son asumidos por el otro contratante (la swap counterparty) a cambio de que el primero asuma los riesgos del segundo o a cambio de otra prestación".

En los contratos objeto del presente procedimiento el banco asumía el riesgo de subida de tipos a cambio de que los clientes asumieran el de bajada de tipos, sin ofrecer a los clientes información alguna sobre la entidad de los riesgos asumidos por cada parte y sin que se informara claramente a los clientes de que la estructura misma de los contratos que les ofreció podía suponer que fuera el interés de la entidad financiera que les vendía el producto el que más se "aseguraba" ante la evolución previsible a la baja de los tipos de interés (para cuya evaluación la entidad de crédito contaba con departamentos completos especializados en valoración de riesgos, examen diario de la evolución actual de los tipos de interés y formulación de previsiones sobre su previsible comportamiento futuro) y que se "aseguraba" precisamente a costa y contra el interés del propio cliente al que se le ofertaba como beneficioso para él (cuando de no prever que las liquidaciones futuras serían favorables para la entidad difícilmente ésta asumiría y desde luego no ofertaría un contrato que por sus propias condiciones comportaba que para que fuera beneficioso para el cliente debía ser perjudicial para la entidad).

D. FERNANDO ZUNZUNEGUI, en el artículo "Negociación de swaps por cuenta propia" publicado en el número de junio de 2012 de la Revista de Derecho del Mercado Financiero, señala respecto a este tipo de swaps ofertados por las entidades de crédito en relación con la cobertura de riesgos de fluctuación de tipos de interés de los préstamos que les vinculaban con el cliente contraparte, que "se trata de una venta asesorada en la que el banco diseña y recomienda el producto y lo negocia dando al cliente la contrapartida". Que la obligación legal de ofrecer productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés impuesta por el *art. 19 de la Ley 36/2003* lo era con el fin de "atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipos de interés propios del mercado financiero", pero que dicho precepto nada dice sobre que deba ser un swap el instrumento ofrecido y que "de hecho hay otros instrumentos que cumplen más fielmente el mandato legal como la compra de una opción (cap), a cambio del pago de una prima" y que "de ofrecerse un swap habrá que advertir al cliente que hay otros instrumentos que ofrecen una mejor cobertura, y que el swap tiene el riesgo de tener que asumir pagos cuando bajen los tipos, y que la cancelación anticipada en esas circunstancias tiene un coste que puede ser muy elevado". Añade que la existencia de asesoramiento se presupone en la contratación de derivados OTC como los swaps y que "desde la perspectiva del cliente hay un riesgo de mal asesoramiento y deslealtad, de que le ofrezcan productos de cobertura que resultan ser de especulación, o incluso de fraude cuando el producto no cumple una función ni de cobertura ni de especulación", pero que además cuando no se intermedia en el ofrecimiento del swap (supuesto en el que actúa por cuenta y en interés del cliente teniendo prohibido actuar en interés propio, en conflicto con el del cliente, bajo sanción por violación del *art. 79 de la LMV, según lo dispuesto en el art. 99 z bis de la misma ley*) sino que la entidad de servicios de inversión el ofertante negocia por cuenta propia (servicio de inversión identificado en el apartado c del art. 63,1 de la LMV), y en ese caso genera un conflicto de interés al colocar un producto propio, creado por el propio banco, "autoentrada del comisionista" o asesor en el negocio que, como señala el autor citado, "queda condicionada a la mejor ejecución de la operación de conformidad con su política de ejecución de órdenes, y a la comunicación al cliente del conflicto que supone la autoentrada del comisionista". Y es que, continúa, "según dispone el art. 79 sexies de la LMV, los prestadores de servicios de inversión están obligados a "adoptar las medidas razonables para obtener el mejor resultado posible para las

operaciones de sus clientes teniendo en cuenta el precio, los costes, la rapidez y probabilidad en la ejecución y liquidación, el volumen, la naturaleza de la operación y cualquier otro elemento relevante para la ejecución de la orden" y "esta obligación rige para la negociación por cuenta propia de swaps. El banco prestador del servicio sólo puede dar contrapartida con un producto propio cuando dicha ejecución suponga la mejor ejecución de la operación. De tal modo que si en el mercado puede encontrarse una mejor contrapartida debe ser la elegida. Por esta razón, la negociación por cuenta propia de swaps con simultánea contratación de operaciones espejo por parte del banco que da la contrapartida, con un margen no comunicado al cliente puede generar la responsabilidad del banco prestador del servicio. En estos caso, lo correcto, conforme a la obligación de mejor ejecución sería cerrar la operación directamente entre el cliente y el tercero que ofrece la operación espejo, cobrando el banco prestador del servicio la comisión de intermediación publicada en el folleto de tarifas" de modo que se evitara multiplicar las transacciones de forma innecesaria y sin beneficio para el cliente. Pero es que es más "contratado el swap, el banco continúa vinculado con el cliente como prestador del servicio de inversión de negociación por cuenta propia" y "debe realizar un seguimiento del producto, con una valoración continua que permita avisar al cliente ante una evolución desfavorable que amenace con multiplicar las pérdidas", sin que pueda olvidarse que estamos ante productos derivados que ante ligeras variaciones de los subyacentes, en un efecto leva, multiplican las pérdidas y que "este seguimiento y los correspondientes avisos deben hacerse en interés del cliente, que el interés que debe ser protegido en la relación de intermediación" y que "de hecho, la banca realiza un seguimiento diario de las posiciones y propone continuas reestructuraciones, aunque no siempre lo haga en interés del cliente". Debiendo destacarse que "en la contratación de los instrumentos financieros derivados y en particular los swaps existe una asimetría informativa más elevada que en la contratación de valores negociables por su complejidad, por su iliquidez y por la falta de transparencia que rodea su contratación. De tal modo que su contratación por un cliente minorista presupone la confianza en el intermediario como su asesor financiero" y "es un claro ejemplo de vulnerabilidad del cliente frente al profesional" más cuando "son instrumentos de alto riesgo, productos "rojos" en la terminología de la industria, que sólo se pueden ofrecer a empresas capaces de comprender los riesgos" y que siendo el cliente la parte débil, más cuando es minorista, "el haber adquirido con anterioridad otro swap mal asesorado por el banco no determina la existencia de experiencia a los efectos de considerar adecuado el producto" y que la condición predispuesta que se incluye en el CMOF por la que el cliente declara que actúa por cuenta propia y que para celebrar las operaciones ha realizado sus propias decisiones, estimaciones y cálculos de riesgos y por la que declara ser capaz de valorar los riesgos de las operaciones y conocer y aceptar los riesgos es una "condición predispuesta por la asociación de banqueros y asumida por el banco" por la que "el cliente reconoce algo que no se corresponde con la realidad, que tiene la misma cualificación y los mismos medios que el banco para identificar y comprender los riesgos de los instrumentos financieros derivados en que se van a concretar las operaciones, y que sus decisiones son independientes y están al margen de la información recibida del banco", "cuando la realidad es que se trata de un instrumento ofrecido por el banco en el marco de una prestación de servicios, en la que el cliente minorista carece de "experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos" (art. 78 bis.2 LMV). Y añade que "nunca se advirtió en estos casos a los clientes que el producto podía generar importantes pérdidas y de que éstas eran predecibles atendiendo a las previsiones sobre evolución de los tipos de referencia en el momento de la contratación, previsiones conocidas por los bancos y ocultadas a los clientes" y es que "el banco, tiene medios y cualificación para conocer las previsiones de evolución de los tipos de interés, frente al cliente que carece de esas previsiones. Es obvio que los bancos no saben el futuro, pero son profesionales de las previsiones financieras" y que "en la propia oferta está implícita la previsión del banco sobre la evolución de los tipos".

QUINTO.- En el presente supuesto en el momento de inicio de vigencia del primer contrato ya estaba en vigor la directiva MIFID y había pasado la fecha límite de transposición de la Directiva (1 de noviembre de 2007), que era por tanto de aplicación directa pese a que

aún no se hubiera aprobado la Ley 47/2007 de 19 de diciembre de modificación de la LMV. Pero incluso entonces estaba en vigor el RD 629/1993 de 3 de mayo y especialmente el clarísimo código de conducta de entidades financieras establecido en el Anexo I de dicho Real Decreto en el que con claridad se establecen las obligaciones de las entidades de crédito en la identificación de las necesidades de clientes, información previa del producto y de sus riesgos y especialmente comportamiento en el caso de que pueda existir conflicto de intereses entre la entidad financiera y sus clientes, código de conducta que no consta se hubiera cumplido fielmente. Siendo en cualquier caso exigible la cumplimentación del test de idoneidad (que comprende el de conveniencia) por la entidad de crédito por consecuencia del efecto directo de la directiva no transpuesta.

Dadas las características del cliente y su absoluta falta de experiencia sobre los productos derivados -que no lo son los fondos de inversión, por sí mismos- y su falta de información y desconocimiento sobre el objeto mismo del contrato, la entidad del riesgo concreto de subida de tipos de interés (o de la mínima entidad de dicho riesgo de subida por una razonablemente previsible bajada del tipo de interés que se pudiera deducir sobre la información disponible sobre el subyacente), falta de información que no se acredita por la entidad de crédito que se hubiera subsanado diligentemente por ella mediante la exposición clara y comprensible al cliente de los escenarios razonablemente previsibles de subida o bajada de los tipos de interés según la información de que dispusiera la propia entidad de crédito, no cabe sino concluir que el producto financiero ofertado era inadecuado para el cliente (incluso en el caso de escenarios razonablemente previsibles de alza de tipos de interés, pero mucho más cuando el escenario razonablemente previsible lo fuera de bajada de esos tipos, que le favorecería, haciendo en ese caso el producto no sólo inadecuado para el cliente sino totalmente inconveniente para él y contrario a sus intereses - aunque en ese caso, favorable y mucho para la entidad de crédito- y haciéndole asumir riesgos superiores a los que supuestamente se trataba de conjugar con la concertación del contrato). La entidad de crédito, en suma, estaba obligada por norma imperativa a informar al cliente de que el producto no era adecuado para él (por su perfil inversor anterior) y a no firmar el contrato en ningún caso sin haber recibido expresa orden de ejecución del mismo por el cliente en momento posterior a que el cliente hubiera recibido la completa información precontractual referida y una vez la entidad de crédito le hubiera puesto en conocimiento además que el producto no era adecuado para su perfil inversor incluso habiendo recibido la información (información y que no consta recibiera en este caso, pesando la carga de la prueba sobre la entidad de crédito).

Si además de lo anterior el escenario de evolución de tipos de interés se hubiera presentado como previsiblemente bajista desde el conocimiento que del mercado tuviera la entidad de crédito (entidad que a estos efectos presta servicios de inversión) la entidad de crédito ni siquiera podría haber recomendado al cliente la suscripción del producto, sino que debía habérsela desaconsejado expresamente (por muy favorable que fuera para la entidad de crédito, que en el concreto supuesto del swap que se contempla en estos autos era la contraparte en franco conflicto de interés con su cliente, ese escenario de evolución previsiblemente bajista) -sin que en este supuesto se haya acreditado cuales fueran las concretas previsiones que la Caja pudiera haber tenido en el momento de suscripción de los contratos sobre la previsible evolución del mercado de tipos de interés, que es notorio que finalmente ha tenido un comportamiento claramente bajista al menos desde septiembre de 2008 hasta la actualidad-.

El *Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 2009* (relativa a otros productos financieros, depósitos estructurados de alta rentabilidad) declaró la nulidad de los contratos por infracción de los requisitos de claridad y sencillez exigida por los *artículos 5,4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10,1,a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, por no haberse ajustado la contratación bancaria realizada a lo dispuesto en el *artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores*, en cuanto dicha contratación había vulnerado las obligaciones de información y transparencia previstas en la misma, confirmando la posibilidad de que una vulneración de normativa administrativa es

susceptible de conllevar la nulidad del negocio jurídico estipulado por aplicación de lo previsto en el *art. 6,3 del CC* en atención a la normativa de dicha normativa administrativa. En el mismo sentido se han pronunciado las *STS de 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010*. Y es que las normas de conducta establecidas en la LMV ya desde 1993 (y mucho más desde la entrada en vigor de la Directiva MIDIF y desde la transposición de dicha normativa al Derecho interno español) constituyen, como expone FRANCISCO REDONDO TRIGO en "La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID", publicado en el número 723 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, "un mandato imperativo destinado a proteger a los inversores que actúan en los mercados financieros", puesto que su función reside "en la disciplina del mercado de valores, protegiendo a los inversores como hemos visto, así como evitando posiciones de abuso o de dominio que pudieren darse por empresas con un alto conocimiento de las reglas y funcionamientos de dichos mercados frente, en determinadas ocasiones, inversores desconocedores casi por completo de dichos aspectos, así como de la reglamentación no sólo jurídico-pública sino también jurídica privada del negocio jurídico estipulado, donde por propia definición del instrumento financiero en el seno de su marco regulatorio, el ámbito de la autonomía de la voluntad queda constreñido en aras de la propia transparencia y claridad que ha de presidir la contratación en tales mercados de valores".

Es desde esta perspectiva, desde la función que persigue la regulación de las obligaciones de información y asesoramiento en la prestación de servicios de inversión impuesta por la Directiva MIFID y por la Ley del Mercado de Valores, desde la que ha de valorar el *juez nacional*, como se indicó por la *sentencia del TJUE inicialmente citada, de 30 de mayo de 2013*, los recursos jurídico privados que ofrece el ordenamiento jurídico interno al contratante minorista que firmó un contrato de inversión en productos financieros complejos sin cumplimiento por la entidad de crédito de las obligaciones contractuales que permitirían asegurar que el cliente efectivamente prestó su consentimiento sin error, las acciones que el ordenamiento jurídico interno pueda poner al alcance de dicho contratante interpretado y aplicado del modo más conforme posible al Derecho comunitario y a las finalidades perseguidas por su normativa, de modo que su aplicación permita garantizar los principios de equivalencia y efectividad. Lo que supone, a juicio de la Sala, que cuando es manifiesto como en el supuesto que nos ocupa que no se ha cumplido la normativa de información precontractual y de asesoramiento de inversión leal e imparcial establecida con carácter imperativo para las entidades de crédito con carácter previo a la oferta personalizada de alguno de los productos financieros complejos, como lo es el swap de tipos de interés, pueda anularse el contrato por infracción de lo dispuesto en norma imperativa (*art. 6,3 del CC*) como ha hecho el Tribunal Supremo en los supuestos citados, pero también por estimación de la demanda en la que se alega error como vicio del consentimiento en que ha incurrido quien consintió la celebración del contrato sin disponer de la información necesaria para calibrar cabalmente el alcance de las obligaciones y consecuencias económicas que para él comportaría el mismo, más aún cuando, como en el supuesto que nos ocupa, quien saldría beneficiada por una suscripción del producto contraría a los intereses del cliente sería precisamente la entidad de crédito que se lo ofertó, que de ese modo blindó su préstamo contra el riesgo de una posible (y quizá hasta previsible) futura bajada de los tipos de interés.

Concurre en consecuencia el error en el consentimiento alegado por la parte demandante (e incluso infracción de normas imperativas que justificarían la declaración de nulidad del contrato, como se ha expuesto) en relación con el Contrato de Gestión de Riesgos Financieros y debe por ello estimarse parcialmente la demanda al estimarse, respecto a este contrato, los pedimentos principales de su suplico, contenidos en sus apartados I y II, y con ella el recurso de apelación interpuesto.

SEXTO.- Sin embargo no se aprecia concurra razón alguna que justifique la declaración de nulidad del contrato de prestación de servicios de inversión incorporado como documento número 6 a las actuaciones (que no constituye la oferta de un producto financiero concreto y determinado sino la concertación de un contrato de servicios de inversión en el que precisamente se incluye en su clausulado que la prestación del servicio de asesoramiento

de inversión precisará la realización de los test de idoneidad y conveniencia (clasificando ya de entrada al cliente como minorista y por tanto protegido totalmente por la Directiva MIDIF), obligándose claramente a no recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente al que no se hubiere realizado test de idoneidad. Ni se expresa con claridad en la demanda cuál sea el error en que pretende haberse incurrido en la concertación de este contrato, ni se justifica y acredita el carácter esencial y excusable de dicho error ni se precisa infracción alguna de deberes de información previos a la firma del contrato básico de servicios de inversión que no constituye por sí solo oferta de producto financiero alguno sino el marco obligacional en que se pactaba se desenvolvería el servicio de asesoramiento de inversión por el que se aconsejara la suscripción de cualesquiera productos financieros.

SÉPTIMO.- Sin embargo se solicita subsidiariamente por la parte actora que se declare la anulación de ambos contratos, el Contrato Básico de Servicios de Inversión y el de Gestión de Riesgos Financieros, por no haberse incluido en ellos el preceptivo derecho de desistimiento al tratarse de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil de la demandada.

En relación con la cuestión el demandante sostiene que en él concurre la condición de consumidor al suscribir el contrato, condición que no le reconoció la sentencia recurrida y que la Sala sin embargo entiende debe serle reconocida desde que el *artículo 1 del Texto Refundido para la Defensa de Consumidores y Usuarios* considera consumidores a las personas físicas o jurídicas que reciban los servicios como destinatarios finales, sin integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros de servicios. Y desde ese concepto legal de consumidor no cabe duda de que el Notario que concertó el contrato básico de servicios de inversión era consumidor, que la Notaría no constituye sede de la entidad demandada y que en consecuencia en el ofrecimiento individualizado y firma en el domicilio profesional del Notario del contrato era preceptivo otorgar al consumidor el derecho a desistir del contrato (*art. 110 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de diciembre* , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), lo que debió informársele por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, tanto del derecho a desistir unilateralmente como de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido, debiendo entregarle además un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere, reconociéndose en caso contrario al consumidor o usuario la acción de anulación por el *art. 112 de la misma ley* .

Debe estimarse la pretensión formulada por la parte actora desde que el contrato no se firmó en el establecimiento mercantil de la demandada sino en el despacho del notario, el mismo día de la firma del préstamo, habiendo sido ofrecida por la entidad de crédito y no solicitada por el cliente, en la misma fecha y momento de la visita (*art. 107, 1 b LGDCU*) sin que conste que se le hubiera remitido información precontractual previa y sin que, como señala la parte actora, se incluyera en el contrato celebrado el derecho de desistimiento y sin que hasta la fecha se le haya entregado documento alguno reconociéndole el derecho de desistimiento.

Ello comporta que haya de estimarse la acción ejercitada de conformidad con lo dispuesto en el *art. 112 de la LGDCU*. Como ha razonado la *SAP de Cantabria de 2 de enero de 2014*, en relación con el ejercicio de la acción prevista en el *art. 112 de la LGDCU*:

"CUARTO.- Acreditado el incumplimiento de las obligaciones sobre información, documentación, contenido y formalidades hemos de extraer sus consecuencias. Anticipamos que frente a la normativa civil común general, el legislador ha querido erigir la forma en instrumento real de la garantía y libertad del consumidor, de modo que es tratado como elemento esencial, afectante a la validez, u obligación trascendente, de modo que su omisión

permite la pretensión de nulidad.

Como es bien conocido se trata de un supuesto de nulidad ex lege y como es el propio legislador quien recoge la consecuencia del mismo no es menester acudir al *art 6CC* sino al *art 112*, *art 77* (contrato vinculado). Concede al consumidor la facultad de anular el contrato. Y es que para esta protección reforzada (TJCE) pase de modo efectivo y real del papel a la realidad social, el legislador tenía que prever y ha previsto una sanción a tal incumplimiento legal imperativo. De manera que las Audiencias, - *esta misma Sala, en sentencia de 25.7.2009, la Audiencia de Madrid (sección 20^a, 25.5.2011 o la 10^a, 2.2.2012), la Audiencia de Barcelona, sección 11^a, 17.6.2012) o la de Navarra, 1^a, 22.9.2011 o de 12.2.2010* - concluyen sin esfuerzo que en el caso como el que nos ocupa, por aplicación de la literalidad de aquella imperativa norma especial, se ha de decretar la nulidad del contrato de compraventa."

En consecuencia, no estableciéndose excepciones a la necesidad de documentación del derecho de desistimiento y de entrega de la misma al consumidor o usuario cuando de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles se trata, debe estimarse esta acción, ejercitada con carácter subsidiario, respecto al contrato básico de servicios de inversión que en consecuencia se anula con lo que ha de comportar una estimación total de la demanda y del recurso.

La declaración de nulidad de ambos contratos comporta la obligación de ambas partes de restituirse las prestaciones devengadas entre sí, con devengo de los intereses legales desde la fecha en que se hizo cada una de las entregas de cantidades, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el *art. 1303 del Código Civil*.

OCTAVO.- La estimación total del recurso y de la demanda comporta la imposición a la parte demandada de las costas causadas en la primera instancia, sin que proceda hacer especial imposición de las causadas en la alzada, de conformidad con lo dispuesto por el *art. 398 y el art. 394 de la LEC*.

Y en virtud de todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos totalmente el recurso de apelación interpuesto por D. Jose Daniel contra la *sentencia dictada el día 5 de julio de 2011 en autos de juicio ordinario n^o 1854/2010 por el Juzgado de Primera Instancia n^o 10 de los de Las Palmas* que revocamos, y en su lugar, debemos estimar y estimamos totalmente la demanda y en su consecuencia:

Con estimación de pretensión subsidiaria de la demanda, anulamos el Contrato Básico de Servicios de Inversión (anexo 6 de la demanda) concertado entre las partes, por violación de la información y documentación del derecho de desistimiento contractual respecto a contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil.

Con estimación de pretensión principal de la demanda, declaramos la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros (anexo 7 de la demanda) suscrito entre las partes, por concurrencia de error en el consentimiento.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condena a las partes a restituirse las sumas objeto de los contratos, tanto las prestadas antes de la presentación de la demanda como las prestadas con posterioridad como consecuencia de las liquidaciones que se hayan efectuado durante la tramitación del procedimiento, con sus respectivos intereses legales computados respectivamente desde la fecha en que tuvo lugar cada cantidad entregada.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dña. María Elena Corral Losada, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.