

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMOQUINTA

Rollo núm. 712/2011-1ª

Juicio Ordinario núm.

Juzgado Mercantil núm. 3 Barcelona

SENTENCIA núm.152/12

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN
D.ª MARTA RALLO AYEZCUREN
D. LUÍS GARRIDO ESPA

En la ciudad de Barcelona, a diecinueve de abril de dos mil doce.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Décimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 3 de esta localidad, por virtud de demanda de _____ y _____ contra _____ pendientes en esta instancia al haber apelado los demandantes la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 26 de julio de 2011.

Han comparecido en esta alzada los apelantes _____ y _____, representados por la procuradora de los tribunales Sra. _____ y defendidos por el letrado Sr. _____, así como la demandada _____ en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. _____ y defendida por el letrado Sr. _____.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: <<Desestimando la demanda interpuesta por la representación en

autos de don *se absuelve a*
la mercantil *de lo pretendido de*
contrario y estimando la reconvencción se condena a los demandantes reconvenidos al
pago de *euros e intereses legales. Cada parte hará frente a sus costas y las*
comunes por mitad>>.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpusieron recurso de apelación y Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 28 de marzo pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. Juan F. Garnica Martín.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece planteado el litigio en esta alzada

1. ejercitan frente a
., y a quienes en lo
sucesivo nos referiremos como las siguientes acciones:

a) La de nulidad del contrato de permuta financiera que las partes firmaron en fecha 9 de septiembre de 2008, por vicio en el consentimiento y por el incumplimiento de la normativa MIFID, al haberle vendido un producto de riesgo completamente inadecuado a sus necesidades y cuyos riesgos no pudieron comprender por la falta de información previa que les facilitó la demandada.

b) La de nulidad de las liquidaciones practicadas al amparo del referido contrato, así como de la correspondiente a su liquidación anticipada.

c) La de condena al reintegro de las cantidades liquidadas y efectivamente pagadas.

2. se opuso a la demanda alegando la validez del contrato y de todas
sus estipulaciones, a la vez que formuló reconvencción en reclamación de la cantidad de euros, importe de las liquidaciones practicadas (incluida la correspondiente
a la liquidación anticipada del contrato) que los demandados reconvenccionales se han negado a pagar.

3. La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda y estimó íntegramente la reconvencción condenando a los demandantes al pago de la cantidad reclamada por la actora reconvenccional. Considera el juzgado mercantil que, a pesar de que los demandantes son consumidores y probablemente no conocían el significado de algunas de las cláusulas del contrato, ello es irrelevante porque no parece (*sic*) que ninguna de ellas les haya sido aplicada por la entidad financiera. También considera que el objeto y finalidad del contrato firmado entre las partes estaba claro, que los demandantes pretendían resguardarse ante una eventual continuación en la subida de

los tipos de interés y firmaron un contrato con el que conseguían ese propósito de forma efectiva, que no se ha probado que existiera falta de información pre-contractual y que el riesgo que asumía el consumidor era tan obvio (la bajada de tipos de interés de modo continuado) que el nivel de información que recibió debe entenderse adecuado. Por último, estimó, respecto de la nulidad de la liquidación, que la demanda confunde entre la liquidación por voluntad unilateral de las partes y la nulidad por incumplimiento, que la liquidación se produjo por esta última causa, la cláusula que la contempla debe ser considerada como una cláusula penal, y que la misma no debe considerarse ni abusiva ni desproporcionada.

4. El recurso de impugna
todos los pronunciamientos de la resolución recurrida y se funda en los siguientes motivos:

A) La resolución recurrida no ha tenido en cuenta cuáles son los requisitos de la información que la demandada debió haber entregado a los demandantes en el momento de la contratación y es incorrecto que haya considerado que deben ser los demandantes quienes deban soportar la carga de la prueba de acreditar que se facilitó la información correcta cuando es la demandada quien debe acreditar que les facilitó toda la información posible, tal y como resulta de los arts. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores. Y lo cierto, continúa el recurso, es que no se entregó a los demandantes ningún documento informativo antes del momento de la contratación del *swap*, tal y como exige el art. 64 del RD 217/2008. También se alega que la sentencia no ha tomado en consideración la clasificación de los demandantes como minoristas, con las consecuencias que de ello se derivan.

B) La resolución recurrida ha incurrido en error al no estimar que existe error en el consentimiento prestado por los demandantes. Se funda el motivo alegando que la falta de información ha determinado que los demandantes carezcan de la información necesaria para conocer el producto que contrataban, lo que ha viciado de forma irremediable su consentimiento. En concreto se dice que a los demandantes nunca se les explicó qué ocurriría en el supuesto de que se produjera una situación de hecho como la que se produjo, esto es, que se desplomaran los tipos de interés, ni tampoco que les costaría miles de euros poder cancelar anticipadamente el contrato.

C) La resolución recurrida no ha tomado en consideración que la cláusula contractual de resolución anticipada resultaba indescifrable para simples consumidores sin conocimientos financieros como los demandantes, a la vez que contradictoria con otras estipulaciones del contrato (la 7.^a) que creaban la apariencia de que había una resolución anticipada sin cargo alguno.

D) No se ha tomado en consideración por el Sr. magistrado del juzgado mercantil que se trata de un contrato complejo y especulativo, no apto para clientes minoristas.

E) El contrato no es equilibrado sino que existe un desequilibrio entre las prestaciones asumidas por cada una de las partes.

F) tenía un conocimiento previo, que ocultó a los demandantes, sobre la previsión bajista de los tipos de interés, al menos desde un año antes. Así se explica la comercialización masiva de este tipo de productos, afirman los recurrentes.

noviembre de 2012, durante los cuales se pactaba que las partes intercambiaban pagos en los siguientes términos: los demandantes habrían de abonar un fijo de un 6,050 % sobre el importe nominal y recibirían un tipo variable, que en las condiciones particulares del contrato se especifica como IRPH y en las condiciones generales se denomina como “Tipo Financiero” y se especifica que consiste en el tipo de interés resultante de la adición del Tipo Variable y el Margen. Esto es, el tipo variable coincidiría con el pactado en la propia escritura de constitución del crédito hipotecario.

4.º) El mismo 9 de septiembre de 2008, el Sr. [redacted] firmó un documento denominado por la demandada “Evaluación de la Conveniencia” en el que se hace referencia a la normativa MIFID y en el que se han marcado con “X”, aparentemente con los mismos caracteres de impresión del resto del documento, 4 casillas. En la primera de ellas aparece la siguiente leyenda: “Entiendo algunos conceptos financieros básicos (acción, tipo de interés, tipo de cambio, inflación..). En la segunda se afirma que nunca ha trabajado en el sector financiero y en la tercera que no tiene experiencia en la contratación de productos similares. La cuarta casilla señalada está dispuesta bajo la pregunta: ¿Está dispuesto a asumir pérdidas por sus inversiones a cambio de mayor rentabilidad esperada, o por sus operaciones financieras? La casilla señalada con “X” expresa: Sí, pero sólo con finalidad de cobertura. Sí, incluso en ausencia de cobertura.

5.º) Pocos meses más tarde de haber firmado el contrato de permuta financiera, y antes incluso de que el contrato hubiera entrado en vigor, los demandantes se dirigieron a la entidad financiera quejándose del mismo y solicitaron su resolución, momento en el que tuvieron conocimiento del alto precio de la liquidación. Posteriormente dejaron impagadas las cuotas correspondientes a las liquidaciones vencidas. [redacted] decidió dar por resuelto anticipadamente el contrato y reclamó a los actores la suma de [redacted] euros correspondiente a la liquidación anticipada, que les fue comunicada en mayo de 2010.

TERCERO. Algunas precisiones sobre el objeto del proceso

Es preciso realizar algunas indicaciones adicionales sobre la sistemática que vamos a seguir antes de dar respuesta a las cuestiones que el recurso plantea. Y particularmente respecto de las acciones ejercitadas en la demanda es preciso realizar algunas aclaraciones previas, atendida su complejidad.

La acción que podemos considerar que constituye el núcleo de la demanda es la acción de nulidad por vicio en el consentimiento del contrato de permuta financiera firmado entre las partes. Aunque pueda parecer que el fundamento de la misma sea único (error o vicio en el consentimiento), la profusa fundamentación jurídica en la que se funda evidencia que en realidad se han ejercitado una pluralidad de acciones de nulidad, si bien todas tienen en común, como eje vertebrador, la de vicios en el consentimiento. Así, no solo puede considerarse invocado el art. 1261 CC sino que la demanda también invoca la Ley 7/1998, de 13 de julio, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios

(TRLGCU), la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), y el RD 217/2008, de 15 de febrero.

Dejando de lado el TRLGCU, cuya invocación realmente no puede considerarse referida al contrato sino a algunas de sus cláusulas, todas las demás guardan relación con la acción de nulidad del contrato por vicios del consentimiento. No obstante, si atendemos a los hechos por los que se quejan los demandantes es fácil deducir que la demanda distingue dos ámbitos bien diferenciados, a los que es preciso referirse de forma separada:

i) De una parte, a la información precontractual ofrecida por la demandada a los demandantes antes de la firma del contrato.

ii) De otra, al propio contrato y a las condiciones en las que se produjo la suscripción.

Analizaremos de forma separada cada uno de esos ámbitos porque los problemas que plantean son muy diversos. Comenzaremos por las alegaciones relativas a la información precontractual, en segundo lugar, caso que resultara necesario, las relativas a los demás vicios del contrato y por último todas las cuestiones relativas a la nulidad de la liquidación, que en realidad plantea la nulidad de la estipulación relativa a la forma de practicar la liquidación anticipada del contrato.

CUARTO. Sobre la información precontractual y los vicios en el consentimiento

1. El art. 5.1 LCGC determina que no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. El art. 9.2 de la propia LCGC determina que el efecto del éxito de la acción de no incorporación no tiene por qué quedar limitado a las concretas estipulaciones afectadas por la falta de información sino que la nulidad puede afectar al propio contrato cuando aquellas afectaran a uno de los elementos esenciales del contrato, en los términos del art. 1261 CC.

Por consiguiente, lo que debemos examinar ahora es, primero, si realmente se ha producido el denunciado déficit en la información suministrada y, segundo, si el mismo ha podido ser determinante de que los demandantes no se hayan podido representar adecuadamente el objeto del contrato al que prestaban su consentimiento.

2. El alcance del derecho de información no lo concreta el art. 5.1 LCGC, aunque sí lo hace el art. 79-bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuando establece en su apartado 1 el deber que tienen las entidades de mantener en todo momento adecuadamente informados a los clientes y precisa en el apartado 2 que toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. El apartado 3 aún precisa más cuando dice:

<<A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los

centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

(...)

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias>>.

3. También el art. 60.1 del TRLGCU establece que *(a)ntes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.*

4. Tampoco podemos ignorar que el objeto de una permuta financiera no es precisamente simple sino que se trata de un contrato complejo, lo que es un factor adicional que debe llevar al predisponente a cumplir un canon de diligencia en el cumplimiento de su deber de información al consumidor o usuario de sus servicios superior al medio. Se trata de un contrato complejo, cuya comprensión no está al alcance de los usuarios medios de los servicios bancarios. Ésa y no otra es la razón por la que tanto el legislador comunitario como el nacional se han ocupado de llevar a cabo un complejo desarrollo normativo (la normativa MIFID, antes referida) que pretende proteger al usuario de forma especial.

Desde esa perspectiva, la información facilitada antes del contrato es esencial para que los usuarios se puedan representar a qué prestan realmente el consentimiento. Y no podemos compartir la apreciación del juez mercantil, que ha considerado que la carga de probar la falta de información debe pesar sobre los demandantes. Dos razones nos llevan a apreciar que es justo lo contrario, que la carga pesa sobre la entidad financiera: (i) primera, que se trata de un hecho negativo (la falta de información) de imposible prueba; y (ii) segunda, el principio de facilidad probatoria. Es únicamente la entidad financiera quien se encuentra en condiciones de acreditar qué concreta información precontractual facilitó a los demandantes. Por consiguiente, si no acredita haberles facilitado otra información que la que los demandantes admiten, es ese hecho el que debe tenerse como cierto en el proceso.

5. sostiene que facilitó información a los demandantes antes de la firma del contrato de dos formas distintas: por escrito, entregándole la ficha del producto, aportada como documento 10 de la contestación; y oralmente, a través de sus empleados en la oficina, la Sra. y el Sr. director de la oficina.

En cuanto a la ficha de producto, su examen evidencia que ofrece información adicional sobre sus riesgos, de manera que hubiera permitido a los demandantes conocerlos con relativa aproximación. No obstante, lo que afirman éstos es que tal

documento no les fue facilitado. El documento aportado a las actuaciones no se encuentra firmado por los demandados, lo que resulta llamativo en un documento tan trascendente. La única acreditación que ofrece la parte demandada de su entrega es el testimonio del director de la oficina Sr. _____, testimonio cuya credibilidad en este punto es muy discutible, particularmente si se considera que no fue él quien personalmente asumió los contactos previos con los clientes, sino que de ello se ocupó la Sra. _____, que ni siquiera compareció a declarar como testigo. Tampoco lo han hecho los demandantes, por elección de la propia demandada, que no propuso su interrogatorio.

La conclusión a la que se debe llegar es que esa ficha del producto no está acreditado que fuera facilitada a los demandantes.

Por otra parte, el testimonio del Sr. _____ tampoco evidencia que la información oral que se pudiera haber suministrado por su parte en el propio acto de la firma (afirmó que fue en ese momento cuando atendió personalmente a los clientes) hubiera permitido subsanar el anterior defecto de información. Ni ya era momento apto para ello, porque no dejaba a los demandantes margen de tiempo para que pueda entenderse informado adecuadamente su consentimiento, ni existe seguridad alguna de que efectivamente los demandantes recibieran en ese momento la información necesaria para comprender y conocer correctamente las características y los riesgos del producto, particularmente cuando ellos afirman que la firma se produjo en un momento de tensión provocado por el requerimiento de la Sra. _____ de que debían pasar a firmar porque previamente ya se habían comprometido a ello.

Por consiguiente, no podemos considerar acreditado que la demandada hubiera facilitado a los demandantes información suficiente y adecuada para conocer correctamente las características y los riesgos del producto.

6. Queda por examinar si ese defecto en la información precontractual es suficiente para estimar que puede prosperar la nulidad por vicios en el consentimiento. Como ha venido estableciendo la jurisprudencia, para que el error tenga efectos invalidantes, es preciso que sea inexcusable (STS 22 de mayo de 2006, que hace referencia a otras anteriores de la misma Sala). Y en nuestra Sentencia de 12 de noviembre de 2004 señalábamos que el error «será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración».

Todos esos requisitos se cumplen en el supuesto enjuiciado pues el error afecta a elementos esenciales del contrato, dado que la falta de información que hemos imputado a _____ consideramos que ha impedido a los demandantes representarse

correctamente el tipo de producto financiero que habían contratado, lo que hubiera exigido un conocimiento de sus riesgos que no está acreditado que se le facilitara ni podemos presumir que tuvieran los demandantes.

Tampoco consideramos que el error resulte imputable a los demandantes ni hubiera sido posible que lo evitaran utilizando una diligencia media. No podemos ignorar que la relación que se establece entre los usuarios de servicios bancarios con sus oficinas, y con sus empleados, particularmente en poblaciones pequeñas, como Sant Vicent de Montalt, es la propia de una relación de confianza, lo que les lleva a confiar más en el criterio esos empleados de las entidades financieras que en el propio. En ese contexto no podemos considerar que los demandantes no hayan cumplido un estándar medio de diligencia en su conducta al contratar que nos pueda llevar a imputarles a ellos el error al que fueron inducidos por la demandada.

QUINTO. Sobre el incumplimiento de la normativa MIFID y sus consecuencias

1. El art. 79-bis fue introducido en la LMV por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorpora a nuestro ordenamiento la llamada normativa MIFID, procedente de la Directiva 2004/39. En desarrollo de esa norma legal se dictó el RD 217/2008, de 15 de febrero, que impone al banco que ofrece un producto como el contratado unos específicos deberes de información. no discute la aplicabilidad en el caso de esa normativa, pues expresamente se refiere a ella en los propios documentos negociales.

2. El art. 79.7 de la Ley 24/1988 establece que:

<<Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado>>.

El art. 73 del Reglamento 217/2008, de 15 de febrero, al desarrollar esa norma legal establece que:

<<A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir

que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional>>.

El art. 74.2 del propio Real Decreto 217/2008 establece que: *<<En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio>>.*

3. Por consiguiente, de esas normas resulta que la entidad financiera tiene la obligación de someter al cliente a un test de conveniencia, pero no solo eso, sino que también debe juzgar si el producto ofrecido y contratado es efectivamente adecuado para él. Lo que sostienen los demandantes es que, si bien fueron sometidos a algo que la entidad llama “Evaluación de Conveniencia”, el producto contratado era objetivamente inadecuado para ellos, tanto por razones subjetivas (pues carecían de la formación financiera precisa para conocer mínimamente sus riesgos) como objetivas (pues los riesgos a los que se podían enfrentar no lo justificaban, ya que el negocio hipotecario previamente firmado tenía una cláusula de techo que impedía que los tipos pudieran sobrepasar el 8 %). La entidad financiera se opone alegando que los mismos fueron debidamente explicitados y eran fácilmente comprensibles para los contratantes.

De lo que se trata, en definitiva, es de analizar si la entidad ha cumplido en el supuesto enjuiciado con esas exigencias. Ello podría suponer un doble análisis: de una parte, el relativo a si el test de conveniencia practicado es adecuado para evaluar las aptitudes y necesidades del cliente; y de otra, si el producto contratado se adecua a unas y otras.

4. En cuanto al test de conveniencia, ya se ha hecho referencia en el fundamento jurídico segundo, dentro de los hechos probados, a que, el mismo día del contrato, esto es, el 9 de septiembre de 2008, al Sr. (no así a la Sra.

) se le hizo suscribir un documento denominado “Evaluación de Conveniencia” en el que se consigna: *<<Confirmando que “ ” me ha explicado y he comprendido todos los riesgos inherentes a este producto antes de su contratación y los asumo>>.* Antes se hace referencia a las cuestiones que constituyen el contenido del llamado “test de conveniencia” que consiste en 4 apartados distintos.

i) El primero sobre los conocimientos, con cuatro opciones distintas: la más baja (en el nivel de conocimiento) indica que “no conozco los mercados de valores ni estoy familiarizado con sus productos”; la más elevada expresa: “entiendo aspectos financieros como volatilidad, correlación, VaR, put, call, etc. El nivel que aparece marcado con un “X” es el segundo comenzando desde abajo que aparece con la siguiente leyenda: “Entiendo algunos conceptos financieros básicos (acción, tipo de interés, tipo de cambio, inflación..)”. Es muy significativo que el tercer nivel, que no aparece marcado, lleva como leyenda: “Conozco los mercados de valores y los instrumentos financieros y entiendo los riesgos que comportan”. Por consiguiente, de esta primera pauta evaluativa no parece desprenderse que el producto contratado sea especialmente apto para unos clientes que afirman expresamente no conocer los mercados de valores ni los instrumentos financieros, así como los riesgos que

comportan unos y otros. Que conozca conceptos tan básicos como el de “acción”, “tipo de cambio” o “inflación”, que es lo único que del test se deriva que admite el Sr. , no parece ser gran cosa para juzgar que sea un inversor adecuado al que se le pueda vender un producto de riesgo como es una permuta financiera.

ii) La segunda columna se refiere a la vida laboral, y el Sr. afirma que nunca ha trabajado en el sector financiero.

iii) La tercera columna del cuestionario es la relativa a la experiencia en la contratación de productos financieros, y en ella la cruz se ha colocado sobre la casilla que indica que no tiene experiencia en la contratación de productos similares.

iv) La cuarta columna lleva como título “Evaluación del riesgo asumido” y está seguida de la pregunta: <<¿Está dispuesto a asumir pérdidas por sus inversiones a cambio de mayor rentabilidad esperada, o por sus operaciones financieras?>>. La casilla señalada expresa: <<Sí, pero sólo con finalidad de cobertura. Sí, incluso en ausencia de cobertura>>. Las opciones no marcadas son: a) Ni de capital ni de intereses; b) No de capital pero sí de los intereses; y c) Sí, hasta un 10 %. Lo llamativo de esta columna es que la única casilla marcada parece ser la única adecuada al tipo de producto contratado, aparte que la respuesta marcada es equívoca porque contiene en su interior dos proposiciones enfrentadas o al menos con contenido muy distinto. Ello nos lleva a descartar que esta cuestión se encuentre bien formulada y sea objetivamente apta para poder evaluar correctamente nada. A lo sumo será indicativa de que se le ha hecho saber al Sr. que el producto contratado comporta esos riesgos tan mal explicitados, pero no que el mismo sea adecuado para él.

En suma, de todo ello se deriva que la única respuesta que puede ser tomada en consideración para juzgar si el test era correcto y el producto adecuado al cliente es realmente la primera. De manera que podría decirse que ha juzgado adecuado el producto para este cliente porque es capaz de entender conceptos tan básicos como “acción”, “tipo de interés”, “tipo de cambio” e “inflación”.

Con independencia de la opinión que nos pueda merecer el contenido del “test de conveniencia”, que ciertamente que no es muy favorable, pues difícilmente puede cumplir la función a la que está llamado (permitir a la entidad financiera evaluar realmente la adecuación del producto al cliente), no compartimos que de los datos que del mismo resulta pueda colegirse que el Sr. es un cliente adecuado para contratar un contrato de permuta financiera.

5. Por consiguiente, si bien aparentemente cumplió con la normativa administrativa MIFID, consideramos que sustancialmente no lo hizo. Debemos examinar, por tanto, cuál es la consecuencia de ello. Ese examen presenta una doble óptica: (i) de una parte, las consecuencias derivadas del propio incumplimiento de una normativa administrativa desde la perspectiva del art. 6.3 CC; (ii) de otra, la de los vicios en el consentimiento. Es cierto que la demanda parece referirse de forma sustancial a la segunda perspectiva; no obstante, tampoco la primera le es ajena, pese a no haberse invocado formalmente el art. 6.3 CC, porque lo que sí hace la demanda es denunciar que la contratación del producto era inadecuada para estos clientes concretos, de forma que la cuestión se limita a la simple aplicación de la norma jurídica, lo que puede y debe hacerse de oficio por los órganos jurisdiccionales, particularmente cuando de lo que se trata es de apreciar la nulidad absoluta.

6. Ahora bien, del incumplimiento de esos deberes administrativos no cabe colegir sin más la nulidad de los contratos. La jurisprudencia se ha ocupado con cierta reiteración de la cuestión de la relación existente entre una norma administrativa que impone unas determinadas obligaciones de forma imperativa y la validez de acuerdos civiles que contradigan esta regulación. La STS de 11 de Junio del 2010 (ROJ: STS 3061/2010) se refiere a ella en los siguientes términos: <<(1) *la sentencia de 9 octubre 2007, con cita de otras, ha declarado que "Por lo que atañe a la jurisprudencia de esta Sala, la sentencia de 25 de septiembre de 2006 (recurso núm. 4815/99), citando las de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004, declara en relación con el art. 6.3, de un lado, que "el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público"; de otro, con cita de la STS 24-4-96, que "cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez"; y también, que a la nulidad no es obstáculo el que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. La sentencia de 30 de noviembre de 2006 (recurso núm. 5670/00), citando las de 31-5-05, 2-4-02 y 26-7-00, declara que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma. Y la muy reciente sentencia de 27 de septiembre último (recurso núm. 3712/00) ratifica la doctrina general de la de 25 de septiembre de 2006, [...]. Asimismo la sentencia de 22 diciembre 2009 señala que "No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007)>>.*

En sentido similar se pronuncia el TS en sus Sentencias de 22 de Diciembre del 2009 (ROJ: STS 8533/2009) y 17 de junio de 2010 (ROJ: STS 4216/2010), recaídas en casos con los que el presente guarda cierto paralelismo, cuando afirman: <<*No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007)>>.*

Por consiguiente, para determinar los efectos de la irregularidad en la que se ha incurrido, es preciso analizar si los actos realizados resultan compatibles o incompatibles con la norma administrativa, juicio que debe hacerse a partir de la consideración de la finalidad perseguida por la norma infringida y por el propio negocio realizado a su amparo.

7. Desde la anterior perspectiva llegamos a la conclusión de que, en el supuesto enjuiciado, los actos realizados son incompatibles con la normativa administrativa vulnerada porque, aunque nada impedía que los demandantes pudieran contratar la permuta financiera contratada pese a no ser un producto adecuado a su nivel de conocimiento del mercado y dudosamente adecuado a la finalidad pretendida al contratarlo, consideramos que si contrataron fue esencialmente guiados por la relación de confianza establecida con la entidad financiera. En suma, que si ésta hubiera cumplido rigurosamente las obligaciones legales y reglamentarias y no les hubiera recomendado concretamente ese producto la contratación no se hubiera producido. Por consiguiente los actos realizados al amparo de la infracción consideramos que resultan incompatibles con la finalidad pretendida por la normativa administrativa vulnerada.

SEXTO. Sobre la nulidad por vicios en el consentimiento en el momento de contratar

1. El éxito de la acción de nulidad por las causas a las que nos hemos referido en el fundamento anterior nos exime de entrar en el examen de este otro motivo de nulidad. No obstante, haremos algunas referencias a ella. Los hechos fundamentales con los que se funda esta alegación son los siguientes:

i) La subdirectora Sra. _____ les amenazó, para conseguir que firmaran el contrato, con el ejercicio de acciones legales, dado que les dijo que previamente había dado de alta de producto.

ii) La demandada ya conocía, cuando se firmó el contrato, que los tipos del interés tenderían de forma notable a la baja, lo que les ocultó y debería habérselo participado.

2. La primera de esas circunstancias no está acreditada. Lo único que puede considerarse acreditado, porque así lo admitió el director de la oficina, es que finalmente llamaron a los actores para que pasaran a firmar, tras haber establecido previamente contacto en la propia oficina. Ahora bien, de ello no se deriva que sea cierto que la subdirectora hubiera dado de alta el producto o que ejerciera coacción alguna sobre los demandantes.

3. Para decidir si de la omisión resulta dolo es preciso valorar previamente hasta qué punto el silencio es lícito y hasta qué punto encierra una maquinación. En suma, es preciso que el silencio constituya una insidia que se haya utilizado por una de las partes para inducir a la otra a contratar. Se estaría ante un dolo omisivo, es decir, un engaño producido por la omisión o silencio del contratante que calla sobre hechos o

SÉPTIMO. Costas

Pese a la íntegra estimación de la demanda y la también íntegra desestimación de la reconvencción, consideramos que no debe hacerse imposición de las costas, atendidas las dudas de derecho que el caso plantea, que se evidencia en la pluralidad de criterios que está siguiendo la jurisprudencia menor.

Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por _____ y
contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de
Barcelona de fecha 26 de julio de 2011, dictada en las actuaciones de las que procede
este rollo, que revocamos íntegramente. En su lugar, estimando íntegramente la
demanda de los referidos _____ frente a
y desestimando la demanda reconvenccional de ésta frente a los
primeros, declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera firmado entre las
partes en fecha 9 de septiembre de 2008, así como de todas las liquidaciones a su
amparo practicadas y condenamos a _____ a devolverle todas las cantidades
percibidas al amparo del mismo con sus intereses legales desde el mismo momento del
cargo, dejando para la fase de ejecución de sentencia la efectiva determinación de su
importe.

No hacemos imposición de las costas de ninguna de las instancias y ordenamos
la devolución del depósito constituido al recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso
de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo
de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y
jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de
esta sentencia, a los efectos pertinentes.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.