



**NOTIFICADO: 11 DE DICIEMBRE DE 2013**

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 7  
GIJON**

SENTENCIA: 00472/2013

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON**

N01250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2012 0000877

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000679 /2012**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de GIJON

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000080 /2012

Apelante: BANCO DE SABADELL S.A.

Procurador: FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ VIÑES

Abogado: CRISTIAN BASSAS SERRA

Apelado:

Procurador: CELIA SARASUA AMADO

Abogado: RUBEN CUETO VALLVERDÚ

**SENTENCIA n°. 472/2013**

PRESIDENTE: ILMO. SR. DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA  
MAGISTRADO: ILMO. SR. DON RAMÓN IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE  
MAGISTRADO: ILMO. SR. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

En Gijón, a veintinueve de noviembre de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en Gijón, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 80/2012, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 679/2012, en los que aparece como parte apelante, BANCO DE SABADELL S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ VIÑES, asistido por el Letrado D. CRISTIAN BASSAS SERRA, y como parte apelada, D<sup>a</sup>

representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. CELIA SARASUA AMADO, asistida por el Letrado D. RUBEN CUETO VALLVERDÚ.



### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 20 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimo íntegramente la demanda deducida a instancias de Doña ..... contra la entidad BANCO DE SABADELL, S.A., y, en consecuencia, declara la nulidad del contrato marco de operaciones financiera y su derivado swap suscritos por las partes en el mes de abril de 2008 y a los que se contrae este procedimiento, dejando sin efecto todas y cada una de las liquidaciones practicadas por efecto del segundo en la cuenta correspondiente, con la restitución recíproca de las partidas de cargo y abono que generó. Con imposición de costas a la demandada. "

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de BANCO SABADELL, S.A. se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 26 de noviembre de 2013.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JOSE MANUEL TERÁN LÓPEZ.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia recaída en la primera instancia objeto del presente recurso estima íntegramente la pretensión principal de la demanda, declarando la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y su derivado swap suscrito en el mes de abril de 2008 por D<sup>a</sup> .....

y la entidad Banco de Sabadell, S.A., dejando sin efecto todas y cada una de las liquidaciones practicadas por efecto del segundo en la cuenta correspondiente, con la restitución recíproca de las partidas de cargo y abono que generó.

La demandada se alza frente a dicha resolución alegando, en síntesis, que los contratos habían quedado tácitamente confirmados, con base a los art. 1.309 a 1.313 del C. Civil, ya que la actora había cumplido íntegramente los contratos antes del ejercicio de la acción de nulidad, así como que no había existido error en la formación de la voluntad negocial, al encontrarnos ante un contrato simple de swap, existió la debida información previa y la actora renunció a la realización de los correspondientes test.

**SEGUNDO.** - Comenzando por la alegada confirmación tácita de los contratos cuestionados, invocada por la entidad recurrente, debemos precisar que ciertamente, el art. 1.313 del Código Civil establece que la confirmación purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración, esto es, tiene efectos retroactivos. En cuanto a su forma, puede ser expresa o tácita, produciéndose ésta, como dispone el art. 1.311 del Código Civil, cuando con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecuta un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo, lo que enlaza con el art. 6-2 del Código Civil referente a la necesidad de que la renuncia de los derechos sea precisa, clara y terminante.

Por ello, y lo avala además la expresión "necesariamente" que utiliza el art. 1.311 del C. Civil, ha de obrarse con cautela y estar al caso concreto y sus circunstancias cuando se trate de deducir si una determinada actuación puede considerarse como purificadora de un vicio contractual. En este sentido la

STS de 24 de julio de 2006, ha señalado que el mero conocimiento de la causa de nulidad no implica aceptación.

Cierto es que el art. 1.309 del CC afirma que los actos nulos son susceptibles de confirmación, lo que dado su carácter retroactivo deja sin efecto la causa de nulidad preexistente. Nada impide, así, que conociendo el contratante de la nulidad de un acto o negocio desee sus efectos y los haga resurgir por un acto voluntario.

Ahora bien, como se ha señalado esta Audiencia Provincial, así en Sentencia Sección 4ª de 24 de septiembre de 2012 o Sección 5ª de 27 de junio, 4 y 24 de julio de 2013, por citar algunas de las más recientes el no ejercicio de la acción de anulabilidad dentro del plazo contractual no puede entenderse sin más como conformidad o convalidación del contrato, pues no cabe atribuir tan amplio y profundo significado al acto del pago de las liquidaciones sucesivas negativas para el cliente bancario.

No existe en el presente supuesto confirmación expresa alguna. Respecto de la tácita cabe tener por acreditado que la demandante fue conocedora del error que había padecido, tras observar como se sucedían las liquidaciones negativas de muy elevado importe. Pero lo que no aparece es que hubiera ejecutado un acto claro, preciso y concluyente, del que "necesariamente" se deriva la voluntad de renunciar.

Lo único que se pone de manifiesto es haber dejado transcurrir unos meses hasta que formuló la correspondiente demanda, que el ordenamiento jurídico sanciona a través de los institutos de prescripción y de caducidad, inaplicables en este caso al no haber transcurrido el término de 4 años que el art. 1301 establece para el ejercicio de esta clase de acciones.

Debe destacarse, además, que la recurrente anuda esa confirmación no a actos de la actora, sino a los suyos propios de cargarle sucesivamente los adeudos sin que mediara reclamación en contrario. Y al margen de las explicaciones solicitadas por la actora a la entidad demanda y sobre el posible coste de la cancelación, no acompañada de otros actos, no puede confundirse con su conformidad con tales cargos, razones por las que debe desestimarse que se haya producido una confirmación tácita de los contratos.-

**TERCERO.-** El contrato de permuta financiera es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa

La condición de permuta financiera del contrato IRS (denominación que se acomoda a la definición inglesa de esta operación) y su inclusión dentro de los SWP, a diferencia de otros contratos como los CAP, le caracteriza como un contrato complejo y especulativo, cuya naturaleza, requisitos y el

deber de información exigible a los mismos, aunque no sean un producto de inversión, viene siendo declarado por esta Sala, tratándose del mismo producto en Sentencias de 18 de noviembre de 2011, 3 de febrero de 2012y 10 de mayo de 2013.

La diligencia profesional específica a la entidad apelada, se plasma en un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar y de la persona a quien se dirige, deber de información sobre el que esta Sala se ha pronunciado reiteradamente así en Sentencias de 20 de octubre y 12 de noviembre de 2012, 9 de abril, 27 de junio y 11 de octubre de 2013.

En estas dos últimas resoluciones además invocábamos que esta exigencia del deber de información se ve avalada por el criterio hermenéutico que se extrae de la sentencia del TJUE sobre este tipo de contratos, de fecha 30 de mayo de 2013, señalando *"Por otra parte reiterar la exigencia específica del deber de información exigible al banco en esta clase de productos, aún partiendo de la primitiva regulación de la LMVV, existente al tiempo de la perfección del contrato, como viene declarando esta sala desde Sentencia de 29 de octubre de 2010. Y sobre el deber de información y la naturaleza de esta clase de productos, hemos de traer a colación la reciente sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013que declara El artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, 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.

2) 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.

3) Corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, respetando los principios de equivalencia y efectividad..., e igualmente textualmente señala: Sin embargo, los contratos de permuta relacionados con los tipos de interés, como los controvertidos en el litigio principal, figuran en el anexo I, sección C, punto 4, de dicha Directiva, lo que excluye, de conformidad con el artículo 38 de la Directiva 2006/73, que tengan la consideración de no complejos. De ello se desprende que el artículo 19, apartado 6, de la Directiva 2004/39 no es aplicable a los hechos de los litigios principales; sentencia que tiene importancia a la hora de resolver la cuestión

debatida, pues aunque la Directiva 2004/39 haya incorporada al Derecho español mediante la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE nº 181, de 29 de julio de 1988, p. 23405), en su versión modificada por la Ley 42/2007, de 19 de diciembre, posterior a la contratación de la permuta financiera que es objeto de autos, sirve de criterio hermenéutico tanto para definir las características del contrato como complejo, como para analizar en consecuencia la extensión y contenido de la información que debía suministrar el banco al cliente al tiempo de su perfección, con arreglo a la legislación en aquel momento vigente en nuestro país, de lo que resulta que deben confirmarse las consideraciones sobre la falta de información en atención a la complejidad del contrato que en la recurrida se hacen a los efectos de subrayar la existencia del error y que es excusable o invencible".

**CUARTO.-** Por la entidad recurrente se cuestiona el que haya existido un vicio en el consentimiento, en concreto la existencia de error que se aprecia en la sentencia de instancia.

A este respecto, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, en un asunto en que se alegaba igualmente error en el consentimiento en la contratación de unos "SWAPS", que "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta -sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -"pacta sunt servanda"- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en



ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privada" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977-. I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas-, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil-. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean

acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras-. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo- exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

En el supuesto examinado en dicha Sentencia, se daba por probado por la Sentencia recurrida en casación que la operación tuvo un carácter puramente especulativo, al ser realizada con la esperanza de obtener beneficios basada en las

variaciones de los índices utilizados, y que de esa naturaleza de la operación tuvo conocimiento la allí demandante, y se imputaba el error invalidante del consentimiento única y exclusivamente a la omisión de información referida a la fluctuación al alza que sufrió el Euribor, entendiendo el Alto Tribunal, que no se aportaban datos que permitiesen entender imputada al Banco una ocultación maliciosa de tal información, en cuyo caso debería hablarse de dolo omisivo; añadiendo que tampoco se argumentaba en la sentencia recurrida sobre la influencia que pudiera haber tenido, en la correcta generación de una operación impulsada por la común voluntad de que el aleas cumpliera un papel determinante de los resultados económicos, el desconocimiento de una futura mutación de las condiciones existentes al contratar, siendo que lo normal es que la incertidumbre excluya la posibilidad de una presuposición razonablemente segura, sustituida por la lógica asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida contrapuesto a la esperanza de ganancia y que tampoco se expresaba en la repetida sentencia, al menos con la claridad precisa para entender bien anulado un contrato, que el error supuestamente sufrido por la demandante sobre la fluctuación al alza del Euribor en el segundo semestre del año dos mil seis fuera contradictorio con la reglamentación creada con la perfección o génesis de los contratos, por lo que concluía que, con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida no había base para, aplicando los juicios de valor pertinentes, anular por error los litigiosos contratos.-

**QUINTO.-** Sin embargo en el presente supuesto ha quedado probado que no ha existido información adecuada a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio y la respuesta, a la vista de la prueba practicada y de la doctrina antes expuesta, coincidiendo plenamente con lo razonado en la Sentencia apelada, y que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar

a la nulidad del contrato ( art. 1.263 del CC. ), y ello por los siguientes motivos:

En primer lugar, D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_, de profesión \_\_\_\_\_ ni su esposo \_\_\_\_\_ del que se dice que recibió la correspondiente información precontractual, no consta que hubieran contratado otro tipo de productos financieros, ni que tuvieran ningún otro tipo de asesor contable.

En segundo término, en contra de lo que sostiene la entidad bancaria, el producto contratado es un producto complejo, y en cierto modo especulativo, que nada tiene que ver con un seguro, cuyo comportamiento y riesgos solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero y así se ha pronunciado esta sala para operaciones similares a la hora enjuiciada, en concreto en la Sentencia de 8 de Mayo de 2012, para este mismo tipo de contratos suscritos por la entidad Banco de Sabadell, ya que en estos se marca una barrera y unas liquidaciones en las que el cliente desconoce que va a pagar.

Además debe tenerse en cuenta, que el préstamo hipotecario concedido por el Banco Sabadell contenía una cláusula "techo" del 15% y una cláusula "suelo" por la que el tipo de interés mínimo aplicable era del 4,25%, y en la línea seguida por, entre otras, en nuestras Sentencias de 3 de febrero y 26 de julio de 2.012, dicha cláusula repercute en las consecuencias del "SWAP" concertado por el actor con el Banco demandado, agravando el perjuicio económico sufrido por el accionante, pues como ya que dicha cláusula "suelo" «provoca un comportamiento aberrante de la permuta , que se traduce en la producción de altos beneficios para el banco, sin que el aseguramiento de la subida de tipos del préstamo, previsto en la perfección, del que derivaba la oferta del banco y que

*constituyó la base del consentimiento, en realidad exista, lo que se traduce en un alto coste para la demandante, con un correlativo beneficio para la apelante», y pone de manifiesto la desproporción existente entre las prestaciones de una y otra parte, ante una eventual bajada de los tipos de interés.*

Por otra parte, en la fase precontractual de formación del consentimiento, se ha discutido que tipo de información se facilitó inicialmente al esposo de la actora, sosteniendo el empleado de la entidad demanda que hubo mas de una reunión, mientras que aquel refiere que hubo un mera información y una llamada de teléfono apremiándole a la suscripción del producto derivado y si el contrato ofertado lo fue como un seguro (tesis de la demandante) anudado, o por el contrario se trata de un contrato (tesis del demandado) para precaverse frente a posibles subidas de los tipos de interés que pudieran incidir en el posterior préstamo hipotecario suscrito para la adquisición de un local destinado a farmacia, y puede afirmarse que el producto contratado no era un seguro, según se deduce de la literalidad de su contenido, pero la oferta contractual fue hecha y aceptada para cubrir el riesgo de la subida de tipos de ese segundo contrato.

Por último, la falta de información previa no se subsana al firmar el contrato, cuyo contenido adolece también de graves omisiones de información que abundan en el error padecido por la demandante, en concreto, no aparece en el contrato una información adecuada sobre el riesgo que comporta la bajada del tipo de interés variable referencial, pues dicha información se limita a las advertencias que se contienen en el propio contrato y, esta información es claramente insuficiente, pues se reduce a expresar, "las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de las operaciones reguladas en el presente Contrato Marco. Cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte

sobre las ventajas o conveniencia de realizar cualquiera de las operaciones, realizándose sobre las mismas sobre la base las estimaciones y cálculos de riesgos que las propias partes efectúan". En ello hace hincapié la Sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia, de 27 de enero de 2010, y también asumido por ésta misma Sección al declarar que advertencias de ese tipo "son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial. Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés"

No consta que el banco hubiese sometido al demandante a un test de idoneidad firmando un contrato en que renuncia la test de conveniencia, sin que en las declaraciones llevadas a cabo en el acto del juicio oral nadie supo precisar quien había marcado dicha renuncia en el contrato. Y así, en aplicación de la doctrina de la C.E., el R. D. 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga el R.D. 629/1993 de 3 de mayo, y en su art. 64.1 dispone que las entidades financieras que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir 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 tener decisiones de inversión

fundadas. Debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convenga. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y de conveniencia (arts. 72 y 73 del Real Decreto 217/2008). Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros (art. 79 bis 8 LMV), aún cuando la iniciativa parta del cliente la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia.

En resumen, era el Banco demandado el obligado, conforme a las normas de distribución del "onus probandi" del artículo 217 de la LEC, a acreditar que proporcionó al demandante la información necesaria, para que pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, y nada ha probado al respecto, pues no es suficiente, a estos efectos, la declaración prestada por los empleados del Banco, de modo que hemos de concluir que el contrato se concertó sin que hubiese dado al cliente el Banco apelante una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía el "SWAP" que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de tipos de interés, para formar correctamente el consentimiento del actor.-

Por tanto, todo este cúmulo de desinformación se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues tan parca e incompleta información hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega, debiendo desestimarse en consecuencia el recurso planteado, confirmando la sentencia de instancia.-



**SEXTO.**- Desestimado el recurso las costas de la apelación se imponen al recurrente (artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil).-

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación

**F A L L O**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO SABADELL, S.A, contra la sentencia de 20 de julio de 2012, dictada en autos de P. Ordinario 80/12, seguidos en el Juzgado de primera instancia 10 de Gijón, que se confirma íntegramente, con imposición de las costas de la apelación al recurrente.

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



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS