

Letrado: OSCAR SERRANO CASTELLS
Su Ref.:
Cliente: , SL
Contra: CAIXA D ESTALVIS DEL PENEDES
Mi Ref.: A126046



Juzgado Primera Instancia 55 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes, 111
Barcelona Barcelona
TEL.: 935549455
FAX: 93-554 95 55
NUM. CUENTA BANCARIA DEL JUZGADO 0977-0000
N.I.G.: 08019 - 42 - 1 - 2012 - 8025610
Procedimiento Procedimiento ordinario 268/2012 Sección 2o
OBJETO DEL JUICIO : Civil
Parte demandante SALONS VERSATIL, S.L.
Procurador PEDRO MORATAL SENDRA
Parte demandada BANCO MARE NOSTRUM S.A.
Procurador FRANCISCO RUIZ CASTEL

PEDRO MORATAL SENDRA

PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

Alfambra, 14, 6º 1ª
Tel.: 93.206.36.64
Fax: 93.205.42.77
08034 - BARCELONA

NOTIFICADO 31/07/12

Doña. ISABEL MARTÍNEZ I CID , MAGISTRADA JUEZ SUSTITUTA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO CINCUENTA Y CINCO DE BARCELONA , en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo español, dicta la siguiente

SENTENCIA Nº 136/2012

En la ciudad de Barcelona a 24 de Julio de 2012

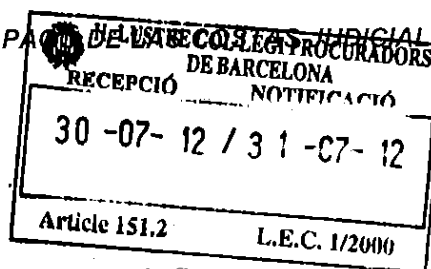
VISTOS por mí, D. ^a. Isabel Martínez i Cid, Magistrada-Juez Sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 55 de Barcelona, los autos de juicio Ordinario nº 268/12 seguidos a instancia de SL representado por el Procurador Sr./a. Pedro Moratal Sendra y dirigido por el Letrado/a Sr/a. Oscar Serrano Castells ;

PARTE DEMANDADA: CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES (ACTUALMENTE MARE NOSTRUM SA) Representado por el Procurador/a Sr/. Francisco Ruiz Castells y dirigidos por la Letrada Sr/a David Viladecans Jiménez , se ha dictado la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la meritada representación de la parte actora se interpuso demanda en fecha 25 de marzo de 2011 solicitando sen su suplico:

"...SE DECLARE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE COBERTURA DE TIPOS DE INTERÉS (SWAP BONIFICADO DE TIPOS DE INTERÉS) DE FECHA 4 DE OCTUBRE DE 2006, SUSCRITO POR MI REPRESENTADA SALONS VERSATIL SL, CON LA DEMANDADA SE CONDENE A CAIXA D'ESTALVIS PENEDES A LA DEVOLUCIÓN DE 11.770,47€, MAS LOS INTERESES LEGALES QUE CORRESPONDAN DESDE LA INTERPOSICIÓN DE ESTA DEMANDA Y HASTA SU EFECTIVO PAGO, MAS TODAS AQUELLAS OTRAS CANTIDADES QUE SE DEVENGUEN Y PAGUEN HASTA LA TOTAL TERMINACIÓN DE ESTE PROCEDIMIENTO CON SUS INTERESES LEGALES HASTA SU EFECTIVA DEVOLUCIÓN SE CONDENE A CAIXA DE ESTALVIS DEL PENEDES AL PAGO DE LAS COLEGAS JUDICIALES EN LA PRESENTE INSTANCIA ..."





Basaba el actor su petición lo que seguidamente se expone sucintamente y que obra en la extensa demanda presentada por el actor pero que en resumen se basaría en :

- **Que la actora firmó en fecha 4 de octubre de 2006 un contrato de permuta financiera sobre tipos de interés SWAP DE TIPO DE INTERÉS con la demanda.**
- **Que la actora es una empresa familiar fundada en 2002 dedicada a servicios de peluquería .**
- **que el señor Jordi Sánchez Reverte , director de la sucursal 0123 de la demandad ofreció a la señora "... lo que según el suponía un fantástico seguro ante las subidas de tipo de interés , siendo tal producto gratuito y pudiéndolo cancelar en cualquier momento" , que la Sra. tenía con el citado señor Sánchez una relación de confianza , que el Sr Sánchez Convenció a la Sra. para contratar en fecha 4/10/06 el citado producto , firmándose el CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS Y EL CONTRATO DE COBERTURA DE TIPOS DE INTERÉS en la modalidad de Swap sobre Tipos de interés.**
- **Que a la fecha del concierto la actora tenía dos prestamos hipotecarios , el uno concertado con Caixa Terrasa de fecha marzo 2004 por valor de 156.000€ y el otro con la hoy demandada por valor de 290000€ concertado en fecha noviembre de 2005 con amortización de 10 años.**
- **que el Sr Sánchez informó a la señora Arrufat que los tipos de interés variables se estaban disparando al alza y que frente a ello tenía un seguro "único en el mercado que le permitiría antes esas subida , pasar a tener temporalmente un tipo fijo, que se le informó que era un producto gratuito, motivo que llevó a la señora Arrufat según el actora a firmar el contrato.**
- **Que la demandad no ofreció a la actora al a firma , las condiciones adicionales ni las generales del Contrato de Cobertura que de forma habitual la Caixa del Penedes anexiona a este tipo de contratos.**
- **Que se ofreció a la actora información precontractual , que esta documentación, ".. lo que demuestra es intención de hacer creer al cliente que el único escenario posible de futuro es el del alza de los tipos de interés . Finalmente se define el Swap como un instrumento que "permite passar un finançament de tipus variable a un tipus fix." cuando según el actor no es así, y se menciona en la citada documentación que es " una operación sin coste para el cliente" y según el actor no es así.**
- **Que la actora firmó convencida que era un seguro ante las subidas de los tipos.**
- **Se solicita la nulidad del swap**
- **que el citado producto produce desequilibrio entre las prestaciones , según el actor , lleva al cliente a pensar que se contrata un seguro dedica a la venta de material eléctrico de mediana y baja tensión, ámbito geográfico local.**
- **.**
- **Que fue la demandada quien propuso la firma de "una especie de seguro del tipo de interés", que solo se ofrecieron ventajas sobre el citado producto.**
- **Manifiesta el actor que se ocultó información a cerca del riesgo.**
- **Que se había ofertado el producto como reservado a clientes especiales.**
- **Que la información dad fue "falsa, nula o vaga, con vulneración de toas las obligaciones bancarias y exigencias que las entidades bancarias están obligadas a dar.**



Que la actora nunca había suscrito productos de riesgo , que era un cliente conservador .

- **Que se intentó por la actora una solución negociada, siendo que el producto que se le ofertó era aun mas pernicioso que el que hoy se solicita se anule.**
- **Que realizó todo tipo de reclamaciones a la entidad.**
- **Que la entidad nunca tuvo en cuenta el perfil del cliente.**
- **Se aboga por el actor Nulidad por vicio del consentimiento como consecuencia de la omisión, falsedad y oscuridad informativa, se creía concertar un seguro y no de un derivado.**
- **Abuso de posición dominante en la actuación de Banesto en detrimento y perjuicio del actor.**
- **Falta de justo equilibrio de las contraprestaciones entre las partes.**
- **Contrato intelgible y de clausulado críptico.**
- **Contrato de Adhesión.**
- **Existencia de cláusulas abusivas y leoninas.**
- **Desinformación.**

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda en fecha 21/2/12 se emplazó a los demandados para que comparecieran y contestasen aquélla.

En fecha **23 de marzo de 2012** comparece la demandada oponiéndose a la demanda y alegando en síntesis y acorde con su oposición que obra extensamente documentada en autos:

- Que en fecha 14 de septiembre de 2011 se transfirió a Mare Nostrum SA todos los elementos patrimoniales y accesorios que componen los negocios financieros de las cajas de Ahorros de Murcia, Caixa de Estalvis del Penedes, Caja General de Ahorros de Granada , y Caja de ahorros y Monte de Piedad de Baleares.
- Según el actor el derivado hace " que un agente sometida a riesgo lo intercambie con otro agente al que le interesa su riesgo.
- Que los productos financieros que detalla el demandado en su demanda paginas 4 a 6 , se ofrecen según el a personas con riesgo de tipos de interés encajasen con el perfil o encajasen con la operación en la que la ley obligaba.
- Que son de aplicación la Ley 2/03 de 25 de abril de medidas de fomento , en su artículo 19, y la ley 36/03 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica. Que la normativa expuesta denomina estos productos como de cobertura.
- El producto que limite el riesgo no puede modificar el préstamo hipotecario original.
- Que en el caso de autos los productos no están vinculados a ninguna operación hipotecaria concreta.
- Que el producto no se comercializó como un seguro antisubidas gratuito.
- que la actora aporta una serie de folletos incompletos y relativos a otros productos , pero no relativos al producto en cuestión.
- que no se ofertó el producto con conocimiento de la bajada de tipos.
- Que el producto es un Irs , que supone el intercambio de un fijo por un variable.
- No aplicación de la Ley de consumidores y usuario 1/07 de 16 de noviembre.
- Inaplicabilidad del Real Decreto 629/93, al no darse ninguna actividad de las relacionadas con el artículo 71, 76 y rel . LMV.
- NO es de aplicación la normativa MIFID (Directiva Ce 2004/39/Ce del parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 21 de Abril de 2004., al no haberse aun



traspuesto a nuestro ordenamiento (realizado mediante Ley 47/07 de 19 de Diciembre de modificación de LMV)

- No hay deber de fidelidad para con el cliente o usuario.
- Que la demandada además de los dossier adjuntados por la actora , presentó un dossier con productos que se le podían ofrecer, con condiciones y ejemplos gráficos.
- El objetivo del producto era estabilizar la variabilidad de los tipos de interés de los préstamos a través de los sistemas más básicos : fijación del tipo.
- Que se hicieron simulaciones con ambos préstamos y con cada una por separado, que se consultó al departamento de tesorería.
- Que el 4 de octubre de 2006 la actora firma un documento , Término y Condiciones , en el que aparecen todas las condiciones particulares y ejemplos sobre el funcionamiento del contrato.
- Los primeros años no hubieron quejas del cliente.
- Se admiten las liquidaciones negativas en la cuantía reseñadas por la actora.
- Inexistencia de vicio del consentimiento .
- Caso de haber error este sería inexcusable , pues podía haber sido evitado empleando una diligencia media.
- Inexistencia de dolo , al no haber maquinaciones insidiosas.
- Caducidad de la acción , al entender el demandado que el vicio lo es de anulabilidad, al admitirse que hay consentimiento (aun viciado) y por ende el plazo de caducidad de la acción lo es de 4 años.
- Inexistencia de desequilibrio , el contrato se formaliza entre empresarios
- Que el actor contaba con asesoramiento financiero.
- Que se le informó de los costes de cancelación anticipada según valor de mercado, no procede la cancelación anticipada unilateral sin coste para el instante, si no se ha convenido . .
- Que la actora al contratar el segundo producto ya tenía conocimiento del producto.
- Que el demandado cumplió con sus deberes de información.
- Que se entregó toda la información a la actora.
- Que la actuación de la demanda no ha supuesto un quebranto de la normativa sobre transparencia y protección de clientela, ni buenas prácticas y usos financieros.
- Que en el momento de la firma de los contratos la tendencia de los tipos era claramente alcista; imprevisibilidad de la subida de tipos.
- No vulneración de la normativa bancaria.
- Inexistencia de dolo ni error
- Actos propios , al haber abonado la actora liquidaciones negativas , habiendo solicitado prestamos para ello en el año 2010 y el año 2011.
- Retraso desleal .
- solicita el demandado la imposición de costas

TERCERO.- En fecha **13 de abril de 2012** y evacuada la contestación a la demanda en tiempo y forma , se convoca a la audiencia previa al acto de juicio mediante diligencia de Ordenación del/la señor/a Secretaria y, al amparo del 414.1 de la Lec, para intentar llegar a un acuerdo o transacción que pusiera fin al proceso, y caso contrario examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar la prosecución y terminación mediante Sentencia, señalando para tal acto la fecha de **26 de junio de 2012** .



CUARTO: En fecha **26 de junio de 2012 celebrada** la Audiencia previa y no llegándose a un acuerdo entre las partes, examinadas las cuestiones planteadas y fijadas los hechos se propusieron y admitieron los siguientes medios de prueba:

- **Por la parte actora:** Interrogatorio del demandado Sr Jordi Sánchez Reverte Mas Documental;

- **Por la demandada:** Documental; Interrogatorio de la actora ;

-

Examinadas y admitidas las pertinentes y útiles, y convocando seguidamente a las partes para el acto de juicio en fecha 19 de julio de 2012.

En fecha 10 de julio de 2012 el demandado evacua el requerimiento efectuado en su día en el acto de audiencia y aporta las curvas forward a las actuaciones.

El día señalado comparecieron las partes practicándose la prueba conforme obra en autos y quedando las actuaciones para sentencia.

En la fecha señalada para el acto de juicio, no se plantaron cuestiones procesales y se llevó a cabo la prueba conforme obra en autos, seguidamente las partes formularon sus conclusiones y quedaron los autos conclusos para sentencia .

QUINTO En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: LA COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado, según lo dispuesto en el Art.37, 38 y 45 y SS. De la Lec; habiéndose tramitado por **los cauces del procedimiento Ordinario, de conformidad con los Art. 253.2** en relación al 249 y ss. Lec, así como en cuanto a la tramitación al amparo del 404 y relacionados de la Ley Rituaria

SEGUNDO- PETICIONES DE LAS PARTES

En el presente procedimiento, la **ACTORA INTERESA SE DECLARE LA NULIDAD** de los contratos reseñados en los antecedentes (Swaps) de fecha **410/06** y los anexos a éste (folios 135 a 180 de lo actuado) ; **con el consiguiente abono por la demanda de las cantidades perdidas en las liquidaciones de las operativas**, retrotrayendo los efectos del mismo al momento anterior a la celebración y restitución del saldo favorable **de los mismos y todo ello al albur de los** artículos 1261 y concordantes del Código Civil (LEG 1889, 27) , en relación con la normativa relativa al Mercado de Valores, de medidas de reforma económica, de Disciplina e intervención de la Entidades de crédito, Directivas de la CE 2004/39 (LCEur 2004, 1848) y 2006/73 (LCEur 2006, 1963) , y de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) , **por vicios o errores en el consentimiento y objeto del contrato, que afirma el actor comportan que el mismo sea abusivo y sin equivalencia de contraprestaciones, se ejercita por los actores una acción de nulidad./ anulabilidad**



De modo que alegada la inexistencia del/los contrato/s por falta de alguno de los elementos esenciales, " ex 1261 Cc"l (consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación) y por ende de su nulidad radical y absoluta, que se produce cuando, aun concurriéndolos elementos esenciales, el contrato viola un mandato o prohibición legal cuya vulneración se ve sancionada con la ineficacia por no preverse un efecto distinto para el caso de contravención según el artículo 6-3 del Código Civil, - diferente es la anulabilidad o nulidad relativa- que surgen cuando concurriendo los requisitos del artículo 1261Cc adolecen los contratos de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, como son los del consentimiento en la formación de la voluntad, los que afectan a la capacidad de obrar de alguno de los contratantes o la falsedad de la causa, que son a los que se refieren los artículos 1300 al 1309 del mismo Código Civil.

Por su parte la demandada se opone e invoca los preceptos jurídicos alegados por la actora pero con vinculación inversa para la toma de decisión, invoca a su vez una extensa jurisprudencia menor que en modo alguno puede tener la consideración de documento útil – y olvidando quizás la doctrina jurisprudencial sentada por la reciente STC TC 37/12 de 19 de marzo, del pleno del Tribunal Constitucional- , en definitiva se debe proceder al estudio de lo ACONTECIDO ANTES DURANTE Y DESPUÉS DE LA SUPUESTA FIRMA DEL/LOS CONTRATO/S LITIGIOSO/S PARA SU CORRECTO ANÁLISIS .

TERCERO: CADUCIDAD

Alegó el actor en su demanda y se reiteró en acto de audiencia, conviniéndose su resolución al fondo de la litis, que la acción ejercitada por el actor adolecía de caducidad porque el dolo y el error, caso de existir, son vicios que se dan en el momento de la perfección del contrato y no en los actos posteriores.

Decir pues ante la citada alegación que si atendiéramos al criterio de consumación del contrato para casos de crédito hipotecario , éste se consume cuando el prestatario dispone del crédito y en el caso de los Swap es evidente que despliega sus efectos cuando entran en marcha los mecanismos compensatorios de tipos de interés, en el caso de autos que consta la firma del contrato cuya nulidad se insta en fecha 4/10/06 desplegando sus efectos desde entonces sin que conste reproche ni queja alguna hasta 2009 (folio 207 de lo actuado) , cuando ambas partes reconocen que la Sra. Arrufat se dirigió a la mercantil exponiendo su queja pero no solicitando la cancelación del producto como ella misma reconociera en sede judicial.

No tenemos datos exactos de la fecha en que surgen las primera liquidaciones negativas par el actor, de modo que tomaremos como fecha del conocimiento del posible error en fecha enero 09 , fecha que se reconoce en el documento aportado por la actora que inició reclamaciones sobre el producto litigioso (folio 207 de lo actuado) .

Así conocido es que el plazo de caducidad de la acción de nulidad (Art. 1.301 CC) unido al carácter de tracto sucesivo del contrato de permuta y los plazos de amortización pactados, obliga a que como fecha de inicio del plazo de caducidad, en caso del error, comenzaría a correr desde la consumación del contrato y no desde que el contratante es consciente del mismo (a diferencia de la intimidación o la violencia,



que el plazo se inicia desde que ésta cesó), y en atención a las características del contrato litigioso, lo que no puede ser es que se otorgue el carácter irrevocable y vinculante de los actos propios a la pasividad del cliente durante cierto período de tiempo y siendo como es que los contratos de permuta lo son de larga duración, de tracto sucesivo y no de cumplimiento instantáneo, con liquidaciones periódicas (trimestrales, semestrales o anuales) la fecha de inicio es como se ha expuesto la toma de conciencia del error (siquiera la duda), pues sólo entonces se puede sacar de su posible error y ante la escasa prueba aportada al respecto por ambas partes, se toma como fecha la de enero 09, por lo que no puede darse por Caducada la acción de anulabilidad (que por otro lado no es la instada por la actora) y mucho menos ha caducado la de nulidad radical invocada, por lo imprescriptible de la misma, puesto que como es sabido el 1301 del Código Civil sujeta al plazo de caducidad de cuatro años el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato que, en el caso de error, comienza el computo desde la consumación(ya hemos expuesto como la concebíamos), decir a su vez que la acción principal invocada es no es un supuesto de mera anulabilidad o nulidad relativa del contrato, sino de nulidad radical o absoluta del mismos, caracterizada, como es bien sabido, por la falta de alguno de los elementos esenciales enumerados por el artículo 1261 Código Civil (consentimiento, objeto o causa) o por la vulneración de normas imperativas o prohibitivas, supuesto en los que la acción impugnatoria es imprescriptible y no caduca, de acuerdo con la antigua regla de que lo que es nulo en su inicio no produce efectos ni puede ser convalidado, " quod nullum est, nullum prodit effectum", siendo pues que la limitación temporal para accionar de cuatro años contenida en el artículo 1301 del Civil solo rige para las acciones de anulabilidad pero no para las de nulidad radical e inexistencia contractual (Sentencias del Tribunal Supremo entre otras las de fechas 1-12-1971, 14-11-1991)

CUARTO: CARGA DE LA PRUEBA

Es evidente que el eje fundamental problema del proceso sobre prueba de los hechos es: **la relación entre prueba y verdad** (como expresa la más autorizada doctrina italiana), se plantea en términos bastante claros:

La prueba es el instrumento del que disponen las partes y el juez para determinar en el proceso si se pueden considerar como verdaderos los enunciados relativos a los hechos principales del caso, bajo la premisa de que en el proceso es posible, con criterios racionales, obtener una aproximación adecuada a la realidad empírica de esos hechos. Es pacífico que conforme al principio dispositivo dominante en nuestro proceso civil, que el resultado de éste recae sobre la actividad de las partes, de suerte que ***cada una de ellas tiene la carga de afirmar y, en caso necesario, la de probar los hechos que constituyen el supuesto de la norma jurídica en que respectivamente se amparan***, de forma que si los no afirmados no pueden ser objeto de discusión y examen, los no probados no pueden constituir base de la sentencia. La jurisprudencia no sólo había interpretado el artículo 1214 del Código Civil (precepto ahora derogado por la Ley 1/2000, 962 y pero resultando aplicables los criterios doctrinales sostenidos a su amparo en la aplicación del vigente artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil) señalando que ***cada parte debe probar los hechos integrantes del supuesto de hecho de la norma favorable***, es decir, el demandante debe probar los hechos constitutivos de la acción que ejercita, y el ***demandado los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la consecuencia jurídica concretamente solicitada en la***



demanda, sino que también lo ha completado con la doctrina que ha conformado la regla de juicio del "onus probando", en el recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenía la carga de la misma.

Es de ver que no se ha negado las liquidaciones ya negativas ya positivas así como la cuantía de las misas por lo que ello no requiere mayor prueba.

Es claro que en el caso de autos , como prueba, necesaria y pertinente se ha aportado a las actuaciones y se ha valorado como útil , habida cuenta de los hechos controvertidos y par la correcta resolución de la litis : la documental, la testifical del Sr Sánchez y el interrogatorio de la Sra. Arrufat , en relación a la documental es de interés : el contrato de préstamo hipotecario –doc. 2 actora - folio 65- ; contrato marco CMOF y anexos folio 135 a 175- ; contrato operaciones de Permuta Financiera "la operación" folios 175 a 180; documentación entregada por el comercial del Banco que tramitó la operación Sr Sánchez, folios 181 a 183 ; la reclamación realizada por la Sra. Arrufat iniciada en fecha 26/11/09, folios 207 a 211; históricos sobre evolución de precios , folios 582 a 593; Boletín económico Banco España para agosto 06 Folios 619 a 622; documentación sobre cobertura de tipos para septiembre de 06 y para la actora , folios 622 a 634; documentación remitida por Tesorería a Caixa Penedes para Versátil , Sober productos a elegir tras estudio del endeudamiento , de septiembre de 06 , Folios 639 a 645; Términos y Condiciones del Swap firmado por los actores folios 646 a 647.

QUINTO: ACCIÓN EJERCITADA

Conforme a lo expuesto se ejercita la nulidad del contrato Swap de fecha 4/10/06, la **anulabilidad no se ha solicitado siquiera de manera subsidiaria**, la actora se fundamentaba se articula entre otros preceptos a través de las acciones previstas en los artículos 1124 y siguientes, 1265, 1266, 1303 y siguientes y 1817 del Código civil (en adelante, CC), en las Directivas 2006/73 y 2004/39 relativas a los Mercados de Instrumentos Financieros (en adelante, Directiva MIFID), en el Reglamento CE 1287/2006 , , en los artículos 7, 1124, 1261, 1265, 1266, 1300 y 1303 del Código civil (en adelante, CC), en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en adelante, LDIEC), en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV), en el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril , de medidas de reforma económica, en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , actualmente derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , en la jurisprudencia y doctrina existentes, sin olvidar otra regulación alegada soslayadamente .

Es sabido que en Resolución Conjunta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España de abril de 2010 sobre «Delimitación de competencias de la CNMV y del BANCO DE ESPAÑA en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura» exigirá para su comercialización el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa bancaria y que supone que el cliente a la hora de ser informado del producto ofertado se valore su adecuación y características, atendiendo al carácter de cliente de servicios bancarios no de inversor, ya que no emplea o quiere el derivado como producto de inversión , resolución de fecha posterior al concierto del contrato..



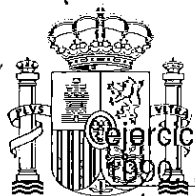
El artículo 19 de la Ley 36/2003 por su parte establece la obligación de informar y ofrecer a los deudores hipotecarios a tipo variable instrumentos de cobertura de tipos de interés se ofrece el producto de inversión «como parte de un producto financiero» (79 quáter LMV), si bien la normativa MIFID y LMV relativas a información no es incondicionada, amen que posterior al concierto del contrato litigioso pues La entrada en vigor de la normativa MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) , Directiva 2004/39 relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros y sus dos normas de desarrollo Directiva 2006/73/CE y Reglamento CE 1287/2006 (a partir de ahora MIFID) delegaba efectos desde el 1 de noviembre de 2007, con posterioridad al concierto del contrato litigioso (Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004 (directiva nivel I) ;Directiva 2006/73/CE, de 10 de agosto de 2006 (directiva nivel II) ; Reglamento (CE) 1287/2006) ;

Expuesto el panorama normativo , no debemos perder de vista que nos hayamos en el ámbito contractual , entre mercantiles , y deberemos atender a lo que en sede judicial se acredite en relación a como y de que manera se formalizó el contrato y se otorgó el consentimiento.

De modo que lo que se demanda por la actora es la **inexistencia del contrato por falta de alguno de los elementos esenciales, que son los que enumera el artículo 1261 del Código Civil (consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación)** y por ende de su nulidad radical y absoluta, que se produce cuando, pese a concurrir los precitados elementos **esenciales, el contrato viola un mandato o prohibición legal cuya vulneración se ve sancionada con la ineficacia por no preverse un efecto distinto para el caso de contravención según el artículo 6-3 del Código Civil, conviene diferenciarlos pues de los casos de anulabilidad o nulidad relativa que surgen cuando concurriendo también los requisitos del artículo 1261 adolecen los contratos de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, como son los del consentimiento en la formación de la voluntad, los que afectan a la capacidad de obrar de alguno de los contratantes o la falsedad de la causa, que son a los que se refieren los artículos 1300 al 1309 del mismo Código Civil**

Conforme a lo expuesto la nulidad , **solicitada por la actora se fundamentaba y se articula entre otros preceptos a través de las acciones previstas en los artículos 1124 y siguientes, 1265, 1266, 1303 y siguientes y 1817 del Código civil (en adelante, Cc), en las Directivas 2006/73 y 2004/39 relativas a los Mercados de Instrumentos Financieros (en adelante, Directiva MIFID -Markets in Financial Instruments Directive-), en el Reglamento CE 1287/2006 , y , en los artículos 7, 1124, 1261, 1265, 1266, 1300 y 1303 del Código civil (en adelante, Cc), en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en adelante, LDIEC), en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV), en el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril , de medidas de reforma económica, en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , actualmente derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , en la jurisprudencia y doctrina existentes.**

Doctrinalmente se concibe como malas prácticas bancarias entre otras : las tarifas y comisiones incorrectas que se referencia en los informes anuales sobre reclamaciones de la CNMV; actuaciones en ausencia de instrucciones del cliente (SAP Barcelona de 28/11/2001 (JUR 2002, 64968)) ; indebido ejercicio del derecho de suscripción preferente a que se refiere la STS 9710/97 (RJ 1997, 7108) ; mala práctica en relación con el



ejercicio del derecho de voto derivado del artículo 1071 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) .; utilización indebida de los valores y la falta de consentimiento de su titular así como de indebida delegación bancada en el marco de la administración de valores anotados en cuenta, particularmente la utilización no consentida de valores en la sub depositaria, supuestos de las "cuentas de detalle" o "cuentas ómnibus".

Tal como se ha explicitado hasta la saciedad por la doctrina jurisprudencial , estos productos y por ende su rentabilidad (para el banco /para el cliente) van íntimamente ligados a los canjes periódicos (+ ó -) y las liquidaciones resultantes dependerán pues del comportamiento del índice elegido (folio 176-178 y 646 a 647de lo actuado ,) , siendo en este caso y por lo general , los tipos de interés, ello comporta que duda cabe que el producto sea **voluble , fluctuante y con un eminente carácter especulativo** por quien lo concierta , asumiendo pues el riesgo, así se estipulaba en el Contrato Marco, apartado 15 y en el documento de confirmación apartado denominado Asunción de Responsabilidad,(folios 178) .

Los derivados, son pues:

- a) instrumentos financieros condicionados por los tipos de interés en el caso de autos (precio del activo subyacente).
- b) Son **productos derivados, especulativos y complejos.**
- c) Están vinculados al **volumen de endeudamiento del cliente**
- d) Aunque el cliente cierre o cancela la cuenta de Crédito, Póliza, préstamo el, el **SWAP sigue operando por lo que es autónomo y especulativo.**

No existe una ley específica que regule las permutas financieras pero 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 , establece en su considerando Segundo " En los últimos años ha aumentado el número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encuentran una gama mucho más compleja de servicios e instrumentos. Esta evolución aconseja ampliar el marco jurídico comunitario, que debe recoger toda esa gama de actividades al servicio del inversor. A tal fin, conviene alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección y permitir que las empresas de inversión presten servicios en toda la Comunidad, ya que se trata de un mercado único, tomando como base la supervisión del país de origen. En vista de lo anterior, la Directiva 93/22/CEE debe ser sustituida por una nueva Directiva". En el considerando Tercero de las citadas Directiva se añade a su vez que " Debido a que los inversores dependen cada vez más de las recomendaciones personalizadas, es conveniente incluir el asesoramiento en materia de inversión entre los servicios de inversión sujetos a autorización".

Fue la citada directiva la que al transponerse para poder ser aplicada configuró la LMV ya citada y que en su articulado 2.2 explicita los " contratos de opciones, futuros, permutas , acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo ", lo cual encaja con el concepto que ya he definido..." ello llevó a que el Servicio de Reclamaciones del banco de España (SRBE) expusiera que seria esta directiva la que evitaria "... que los clientes corran el riesgo de adquirir productos cuya complejidad,



es posible que ni siquiera la red comercial de las propias entidades logre comprenderlos/explicarlos con total claridad (memoria 2008, Pág. 207-208)..

El artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, **con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, pueda dictar normas que garanticen la claridad y transparencia de las operaciones financieras.;**

En fecha ya lejana de 12/12/89 se dicta la Orden Ministerial, **por la que se fijan los tipos de interés y comisiones, así como las normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito.**

En fecha 7/9/90 el BE emitió la circular sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela , cuya norma 3ª -1, expone " ***En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicaran los puestos en su caso de periodicidad con serán aplicables Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad..***"

En fecha 11 de julio de 2010 Orden EHA/1665/2010, de 11 de junio, que desarrolla los artículos 71 y 76 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, **sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en materia de tarifas y contratos-tipo.**

Expuesta de nuevo la normativa que contextualizar los productos hoy litigioso y sabido **que no es de aplicación la normativa** posterior al concierto del contrato litigioso octubre 06 , ello nos lleva a considerar el contrato litigioso bajo la **definición dada en su día "los Swap"** (criterios sentados por las SJPI Nº 15 de Zaragoza de 15 de Septiembre del 2010 (ROJ: SJPI 21/2010) ,y las resoluciones BE de fechas 3/6/2009, 23/6/2009 y 24/6/2009,así:"(...) **- el contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad. - para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general. - se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que , con anterioridad a la formalización de la operación , se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas , considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros. - entre la clientela tradicional , conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada. (...)**

La situación surgida a raíz de este tipo de productos a llevado a que el Defensor del Pueblo se tuviera que posicionarse- así informe de fecha 27/11/09- "el cliente tiene que pagar mucho más que lo que recibe en el caso de una subida de tipos de la misma cuantía



mucho más de lo que ahorran en la cuenta de préstamo, incrementándose el riesgo de forma desproporcionada tratándose de un producto especulativo que beneficia en todo caso las entidades financieras, definiendo se el SWAP como producto por el que el banco y el cliente acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos sobre dicho nominal a un plazo determinado ..”(en este sentido sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sec. 5º, de 27/1/10 (AC 2010, 6) , SA P Burgos 33/2010 SAP Pontevedra, sec 1ª, de 7/4/2010 (JUR 2010, 174861) , SAP Jaén de 27/3/2009 (AC 2009, 1604) y Álava de 7/4/2009).

SEXTO: NATURALEZA DEL/ LOS CONTRATOS LITIGIOSO/S.

El contrato estudiado es de los denominados comúnmente Swap - IRS (interest rate swap), cuyo significado viene a ser, cambio, canje.

La operativa no es otra que en función de los tipos de interés, y especulando con ellos y en que no superarán ciertos límites máximos o mínimos, de modo que si se superan la entidad bancaria quedan obligadas a reintegrar a la otra (cliente) lo convenido para el caso , y si bajan por debajo de , la barrera marcada será el cliente el que abonará a la mercantil el diferencial, y ello por el tiempo que hayan pactado y con posibilidad de cancelación según lo convenido y ya explicitado en los antecedentes.

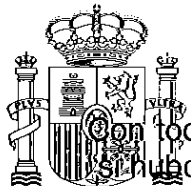
En la mayoría de ocasiones el tipo aplicado a los pagos de una parte es fijo mientras que el de la otra suele ser variable admitiéndose el denominado "spread" o diferencial.

En definitiva el **COMPRADOR-CLIENTE PAGA FIJO y RECIBE VARIABLE** con lo que **ASUME EL RIESGO DE BAJADA DE TIPOS DE INTERÉS**, mientras que el vendedor se arriesga si sube ese tipo de interés, que generalmente asegura con una barrera o tope por encima de la que no asume riesgos, barrera que no se fija para el caso que los tipos bajen.

Por lo tanto se trata de un contrato bilateral, oneroso, atípico y con un evidente contenido aleatorio en el que reside gran parte de su problemática.

Efectivamente: el contrato depende de UN ALIAS cuál es la fluctuación del mercado financiero y en concreto las **variaciones de los tipos de interés generalmente con referencia al Euribor u otro índice semejante**, es evidente que no es un producto útil para un sector mayoritario de la población, que desconoce los mecanismo liquidatorios y que no esta al corriente de las fluctuaciones.

Si el tipo de interés evoluciona al alta, el vendedor del producto, banco abona la diferencia al cliente. Pero si experimenta variación a la baja es el banco quien resulta acreedor, así se expuso en sede judicial que se explicó a la Sra. Arrufat por parte del vendedor del producto Sr Sánchez, y así consta en las documentación reseñados, el producto era variable y podían haber liquidaciones negativas si el tipo de interés bajaba, y este es un hecho que conocía la Sra. Arrufat, como se constató en sede judicial.



Con todo la situación expuesta deberemos pues analizar si hubo error / dolo (o incluso si hubo algo mas" f) , Y si es error propio invalidante ds STS 10/10/62; 872/94, 26/6/00, o la STS 4/1/82 (RJ 1982, 179) y 28/9/96 (RJ 1996, 6820).

En el caso de autos se ha acreditado que la Sra. , quien **asumió el concierto del producto por parte de la actora** , además ésta es economista titulada, disponía de la ayuda de un familiar especializado en derecho tributario y fiscal, como ella misma reconoció en sede judicial, y no resultaban ajenas a ella, no ya el clausulado sino los gráficos y cálculos que constan en la documentación de los CMOF, del de confirmación , de la permuta, así como en la documentación que consta se le **facilitó "ex ante"** por parte de la entidad mercantil demandada, documentación que la Sra. Arrufat reconoce se llevó a casa para estudio si bien "no se la miró" - este es pues un error no excusable - y de la que se le hicieron simulaciones con probabilidades a la baja , así folio 180 de lo actuado en el que se analiza claramente que si baja el tipo las liquidaciones serán negativas para la sociedad actora.

Se constata a su vez, que se hicieron explicaciones y estudio de diversos productos en función del endeudamiento de la actora, 2 prestamos hipotecarios, datos que se facilitaron a tesorería de la demanda par su análisis, así no se pude hablar de un concierto no meditado, ahora bien como se explicará mas adelante la información si bien suficiente para entender el producto y los mecanismos compensatorios y /o liquidatorios , no lo fue así en relación a las consecuencias anexas al cumplimiento del contrato, de modo que si bien si se le explicó el producto "constante funcionamiento" y tubo oportunidad de meditarlo y contrastarlo, no se le explicitó las consecuencias de apartarse del mismo , así SAP Barcelona, sección 13, de 8/7/2008 con cita de las STS 28/2/77, 4/1/82 y 18/2/94; STS 22/5/06, o como en otras resoluciones en que se aboga por la torpeza del contratante .

Hay que estar pues al contenido de los contratos.

NO hay duda del contenido del redactado siquiera de una somera lectura, pueden darse tres situaciones una vez efectuadas las operaciones liquidatorias, **o que el banco abone o que el cliente soporte un cargo en su cuenta o que ambos se queden a la par(nada explica empero de la cancelación y sus consecuencias)** .

Sentado lo anterior conviene no dejar de lado cual es la doctrina de la Audiencias en relación a estos tipos de contratos, así entre otras SAP Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010\6), luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc. 7ª se mantiene que los contratos hoy litigiosos "son atípicos, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. 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 (nocial) 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, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código



atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes".

Por su parte Las SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010, SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, ROJ SAP Z 2416/2010, **subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan y que no escapan a nadie a estas alturas.**

En relación a la oferta como si fuera un seguro sobre los tipos de interés (al alza) así SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010 , dice que "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

En relación a los contratos y obligaciones y la interpretación que de estos debe hacerse resulta ilustrativa al presente y previo al análisis detallado así la STS de 18 de Septiembre de 2006, señala que"*... los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes, pues para la calificación, que constituye una labor insertada dentro de la interpretación, habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras, al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato..*"; y, en este mismo sentido, la STS de 6 de Abril de 2006 , recuerda que "*La literalidad de los contratos no se imponen de manera absoluta cuando los términos de la relación no se presentan con la suficiente precisión y claridad, y resultan disconformes con la voluntad de los contratantes, pues ha de estarse a cual fue la verdadera intención contractual, no dependiendo la naturaleza con los negocios jurídicos de la denominación que les hayan atribuido las partes, y es el contenido real del contrato el que determina su calificación, en correlación a las declaraciones de voluntad que lo conforman*".

Debemos comenzar por decir que el Art. 1.254 del Cc reconoce la existencia de un contrato "desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio" sin que para su válida existencia sea necesario que este conste por escrito (artículo 1.278 del CC).

La declaración de voluntad, **esencia del consentimiento**, no es necesario que sea expresa, bastando **QUE SEA TÁCITA, CUANDO EL SUJETO, AÚN SIN EXTERIORIZAR DE MODO DIRECTO SU QUERER MEDIANTE LA PALABRA ESCRITA U ORAL ADOPTA UNA DETERMINADA CONDUCTA QUE HACE PRESUPONER EL CONSENTIMIENTO POR UNA DEDUCCIÓN RAZONABLE BASADA EN LO USOS SOCIALES Y DEL TRÁFICO, QUE HA DE SER VALORADA COMO EXPRESIÓN DE VOLUNTAD INTERNA (LOS LLAMADOS "FACTA CONCLUDENTIA**, en este sentido STS de 26 de mayo de 86.

En todo caso, como ha venido sosteniendo reiteradamente el TS **los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes** , en este sentido STS de 26 de Enero de 1994, 24 febrero y 13 noviembre 1995, 18 febrero, 18 abril, y 7 de julio de 2000, entre otras), pues para la calificación, que



constituye una labor insertada dentro de la interpretación (SS. 30 mayo y 9 abril 1997), **habrá de estarse pues al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren** (entre otras STS de 20 de febrero, 4 julio y 30 septiembre 1991; 10 abril y 23 julio 1992; 26 enero, y 9 abril 1997), **con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras**, (lógicamente cuando estamos en presencia de un contrato celebrado por escrito y no verbalmente, al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato STS de 4 de julio de 1998; Por lo demás, el alcance de esta labor calificadora no se puede minimizar, pues de dicha calificación depende, en definitiva, **la determinación de las distintas obligaciones asumidas por las partes, lo que resulta imprescindible para poder pronunciarse sobre si se han producido o no los incumplimientos contractuales y/o obligacionales que recíprocamente se imputan las partes y fundamentan sus respectivas pretensiones**, y, en su caso, sobre sus efectos, hay que acudir en primer lugar a la literalidad de las cláusulas del contrato (Art. 1.281.1 del Código Civil), y sólo en caso de discrepancia o duda, debe acudirse a la intención de los contratantes (Art. 1.281, Párr. 2º del Código Civil) para cuyo conocimiento deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato (Art. 1.282 del Código Civil), radicando la finalidad de estos preceptos en evitar que se tergiverse lo que aparece claro a que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca oscuro, SIENDO FACTOR DECISIVO DE INTERPRETACIÓN, EN EL PRIMER SUPUESTO, LAS PALABRAS EMPLEADAS Y EN EL SEGUNDO, LA INTENCIÓN EVIDENTE DE LOS CONTRATANTES (STS SALA 1 DE 8 DE MARZO DE 2000 ;STS DE 9 DE ENERO DE 2006”

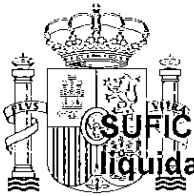
Conviene poner de manifiesto que si bien en el petitum solicita el actor la nulidad de los dos contratos de permuta, de sus alegaciones parece mezclar la posible nulidad y/o anulabilidad o resolución por vicios del consentimiento dolo/error.

El contrato estudiados, son de los denominados comúnmente Swap, cuyo significado viene a ser, cambio, canje como se ha expuesto.

La operativa no es otra que en función de los tipos de interés, y especulando con ellos y en que no superarán ciertos límites máximos o mínimos, de modo que si se superan la entidad bancaria quedan obligadas a reintegrar a la otra (cliente) lo convenido para el caso , y si bajan por debajo de , la barrera marcada será el cliente el que abonará a la mercantil el diferencial, y ello por el tiempo que hayan pactado y con posibilidad de cancelación con los efectos que se dirán.

Hay que estar pues al contenido de los contratos.

Como se explicó y no se reiterara, el actor concertó en su día (4/10/06) un contrato (doc 5) en el mismo se estipula se deja claro (asunción de responsabilidad) que el producto es “Volatil” termino que no pude ser ajeno a la Sra. Arrufat, pues es economista y conoce los términos , EN EL CITADO FOLIO 178 DE LO ACTUADO , SE EXPONE EN NEGRITA, QUE “ CUYO VALOR DE MERCADO PUDE VARIAR MUY RÁPIDAMENTE ...QUE LAS OBLIGACIONES QUE SURGEN DE LA OPERACIÓN REQUIEREN UNA GESTIÓN ADECUADA Y UNA VIGILANCIA CONSTANTE DE LA EVOLUCIÓN D LOS MERCADOS FINANCIEROS Y DE LAS POSICIONES QUE LAS PARTES ASUMEN EN LOS MISMO , POR LO QUE SON NECESARIOS MEDIOS Y COCIMIENTOS



SUFICIENTES ..” y en el folio 180 se expone la posibilidad de que el Euribor baje y la liquidación fuera en su caso negativa.

NO hay duda del contenido del redactado siquiera de una somera lectura, pueden darse tres situaciones una vez efectuadas las operaciones liquidatorias, o que el banco abone o que el cliente soporte un cargo en su cuenta o que ambos se queden a la par.

Sentado lo anterior conviene no dejar de lado cual es la doctrina de la Audiencias en relación a estos tipos de contratos, así entre otras SAP Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010\6), luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc. 7ª se mantiene que los contratos hoy litigiosos “son atípicos, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. 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, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiene de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes”.

Por su parte Las SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010, SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, ROJ SAP Z 2416/2010, **subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan y que no escapan a nadie a estas alturas.**

En relación a la oferta como si fuera un seguro sobre los tipos de interés (al alza) así SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010 , dice que “Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros”.

La SAP 143/2009 Álava (Secc. 1ª) de 7 de abril de 2009, ha analizado otros contratos bancarios de intercambio de intereses (CLIP de interés) y pendiendo de manifiesto que “ofrecidos a clientes con la excusa de asegurarles ciertas garantías, en aquél caso por cambio de divisas. Tal resolución mostraba la perplejidad de un contrato en el que, por mucho que se analizaran sus cláusulas, ninguna ventaja se apreciaba para el cliente, incumpliendo por lo tanto el elemental principio de justo equilibrio de las prestaciones que debe caracterizar los contratos bilaterales...”



como la definiera con maestría la sentencia del Juzgado de lo mercantil 1 de G. G. 9/5/11"... Aunque el CMOF y la directiva 48/2006, denominan "permutas" a los swaps, los swaps no son permutas en el sentido pensado por el Código Civil (art. 1538), que contrapone sistemáticamente "cosa" a "dinero", sino negocios conmutativos de la clase de UT des. Un swap es un instrumento financiero : «cualquier contrato que dé lugar, simultáneamente, a un activo financiero en una entidad y a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra entidad» (NIC nº 32, ap. 11). Además, «() los instrumentos financieros comprenden tanto instrumentos primarios (tales como cuentas a cobrar, a pagar o instrumentos de patrimonio) como instrumentos financieros derivados (tales como opciones financieras, futuros y contratos a plazo, permutas de tipo de interés y de divisas)» (NIC nº 32, GA 15). «Un instrumento derivado (o un derivado) es un instrumento financiero u otro contrato dentro del alcance de la norma (véanse los párrafos 2 a 7) que cumpla las tres características siguientes: a) su valor cambia en respuesta a los cambios en un determinado tipo de interés, en el precio de un instrumento financiero, en el precio de materias primas cotizadas, en el tipo de cambio, en el índice de precios o de tipos de interés, en una calificación o índice de carácter crediticio, o en función de otra variable, suponiendo, en caso de que sea una variable no financiera, que no es específica para una de las partes del contrato (a menudo denominada «subyacente»); b) no requiere una inversión inicial neta, o bien obliga a realizar una inversión inferior a la que se requeriría para otros tipos de contratos, en los que se podría esperar una respuesta similar ante cambios en las condiciones de mercado, y c) se liquidará en una fecha futura» (Norma Internacional de Contabilidad nº 39, ap. 9). «Los instrumentos financieros derivados crean derechos y obligaciones que tienen el efecto de transferir, entre las partes implicadas, en el instrumento, uno o varios tipos de riesgos financieros inherentes a un instrumento financiero primario subyacente. En su inicio, los instrumentos financieros derivados conceden a una parte el derecho contractual a intercambiar activos financieros o pasivos financieros con la otra parte, en condiciones que son potencialmente favorables, o conceden la obligación contractual de intercambiar activos financieros o pasivos financieros con la otra parte, en condiciones que son potencialmente desfavorables. [...] Puesto que las condiciones del intercambio se establecen en el momento del nacimiento del instrumento derivado, dichas condiciones pueden convertirse en favorables o desfavorables a medida que cambien los precios en los mercados financieros» (NIC nº 32, GA 16). Los derivados son como mecanismos, descomponibles analíticamente en contratos a plazo (forwards), opciones o combinaciones de ambos. Si el subyacente es común y coinciden las fechas de los pagos, el swap es un negocio diferencial y es descomponible en una concatenación de forwards sobre sucesivas fechas de liquidación..."

Doctrinalmente se viene configurando los citados contratos del siguiente tenor (así entre otros E. DÍAZ RUIZ, "Contrato de Swap", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1989, núm. 36, p. 742.)

a) **"..a) Es un contrato principal**, el Swap no modifica el contenido del contrato al que el Swap sirve de cobertura económica, no hay subordinación entre el Swap y la operación de financiación cubierta sino tan sólo vinculación económica.

b) **Es consensual y oneroso** : ambas partes se obligan a cumplir las obligaciones que recíprocamente contraen. La ejecución de las obligaciones se difiere, conforme a lo pactado, a un momento posterior (por ejemplo, con carácter trimestral o mensual) a referenciar las obligaciones de una y otra parte.

c) **Es conmutativo**, porque las obligaciones que asumen las partes son equivalentes si bien dotado de un alto componente de aleatoriedad, porque existe una incertidumbre de cuál va a ser el resultado económico que obtendrá cada una.

d) Ambas partes incurren en el mismo riesgo porque en el momento de la suscripción del Contrato la posición de ambas partes es equivalente, el momento de la suscripción del Contrato (ex ante), el mercado pagará lo mismo por situarse tanto como pagador a tipo fijo (posición del cliente en este caso), como por ser pagador a tipo variable (posición del Banco).



Se pretende, a través del funcionamiento del Swap, una modificación económica-financiera de esa financiación convirtiéndola de variable a fija. ...

De modo que conforme mantiene J. Iglesias Rodríguez y E. Díaz Ruiz (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 20/2011 (Sección 1.ª), de 18 de enero de 2011) "... Ésta es la causa del Swap y, siguiendo lo postulado por la Sentencia, **negar su existencia comportaría el absurdo jurídico de convertir en abstracto el Contrato ... Ese riesgo se deriva del hecho de que una o ambas partes tiene una deuda que genera intereses calculados a un tipo de interés que varía periódicamente (Euribor), pero también de que el tipo sea fijo cuando lo que ingresa para pagarla se calcula a tipo variable..**"

Expuesto lo anterior resulta obvio que puede concluirse que esta clase de contrato **no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad y de trato sucesivo**"... ***Cuya finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros***».

Desde esta naturaleza jurídica habrá que resolver la cuestión principal y analizar si se han dado o nos los requisitos para proceder a la nulidad alegado por el actor.

SÉPTIMO: VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Expone la actor una serie de hechos que podrían conllevar la nulidad de los contratos hoy litigiosos, expone que ha existido mala fe por la entidad mercantil demanda y entremezcla la existencia de error y el dolo derivada de una deficiente información por parte de la entidad demanda, amen de las alegaciones de desequilibrio en las prestaciones.

En cuanto al error contemplado en el artículo 1266 del Código Civil y calificado en el artículo 1265 como vicio del consentimiento, abundante y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo exige para apreciarla en el consentimiento contractual que exista **por parte del contratante que la alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento**(sentencias del Tribunal Supremo 1-7-1915, 16-6-1943, 5-3-1960, 5-3-1962, 30-9-1963, 12-2-1965, 12-2-1979 EDJ 1979/566, 7-7-1981 EDJ 1981/1543, 27-5-1982 EDJ 1982/3419, 12-6-1982 EDJ 1982/3897, 3-2-1986 EDJ 1986/989, 7-11-1986 EDJ 1986/7072, 21-5-1997 EDJ 1997/4900), debiendo aplicarse un criterio restrictivo para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato, y así, dice la sentencia de este Alto Tribunal de 18 de abril de 1978 , citando alguna de las anteriores, que para que el error invalide el contrato es indispensable:

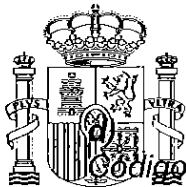
A)

" a) Que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.

a) Que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.

b) Que no sea imputable a quien la padece.

c) Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado



Ha de ser excusable, además de esencial, este requisito no lo menciona el Código Civil expresamente se deduce de los requisitos de auto responsabilidad y buena fe, éste último consagrado en el artículo 7 del Código Civil EDC 1889/1"

De este modo **SE ENTIENDE INEXCUSABLE EL ERROR CUANDO PUDO SER EVITADO EMPLEANDO UNA DILIGENCIA MEDIA A REGULAR**, apreciándose ésta valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, **INCLUSO LAS PERSONALES**, pues la función básica de este último requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando **éste no merece esa protección por su conducta negligente**.

El error de vicio del consentimiento, previsto en el artículo 1266 CC, constituye un **falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida** (TS 1.1S 17 oct. 1989).

La voluntad interna debe manifestarse, **no puede existir discordia entre lo querido y lo declarado, y las partes deben coincidir en los que pretenden, desde sus respectivas posiciones, sobre el objeto y la causa del contrato.**

Lo que importa es si cada parte se ha formado una representación racional de lo que la otra ha ofrecido y si, conforme a ello, **ha prestado su consentimiento.**

En este sentido el Tribunal Supremo dice que el consentimiento ***"tiene un proceso de elaboración interna, propio del acto humano, que para ser tal requiere que se lleve a efecto, con inteligencia y Libertad... a través de los momentos psicológicos de motivación, deliberación y decisión"***(sentencia de 7 de diciembre de 1966) o ***"inteligencia o discernimiento... también la libertad o dominio de sí mismo..."***(sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1953), aun cuando la manifestación (exteriorización) pueda ser expresa, tácita o presunta; pero, en todo caso, ***la voluntad declarada ha de ser imputable a una voluntad real o interna.***

OCTAVO: NULIDAD DE LOS CONTRATOS

No podemos empero confundir **nulidad absoluta y resolución**, tratándose de acciones distintas, pues **LA PRIMERA ÓPERA CUANDO FALTAN Y NO TIENEN EXISTENCIA ALGUNO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO, ASÍ COMO CUANDO SE INFRINGE ALGÚN PRECEPTO LEGAL PROHIBITIVO (ARTÍCULO 6.4 DEL CC) (SIC) -lo que no sucede con la ANULABILIDAD QUE SÓLO TIENE LUGAR, CUANDO CONCURRIENDO DICHOS REQUISITOS ESENCIALES (ARTÍCULO 1300 DEL CC), AFLORAN VICIOS QUE INVALIDAN EL CONTRATO CON ARREGLO A LA LEY-**.

De esta manera el negocio NULO RESULTA INEXISTENTE e INSUBSANABLE, a diferencia de la situación de RESOLUCIÓN QUE PARTE DE UN CONTRATO EXISTENTE Y VÁLIDO, PERO QUE SE DEJA SIN EFECTO, con las consecuencias que establece el artículo 1124 del Código Civil.

La NULIDAD RADICAL de un contrato puede ADUCIRSE TANTO POR VÍA DE ACCIÓN COMO DE EXCEPCIÓN, lo que ***no ocurre*** CON LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL que sólo puede ser postulada como efectiva acción (Sentencia de



19 noviembre 1994, que cita, entre otras, las de 15 febrero 1980, 25 mayo 1987 y 7 julio 1990);

No sería procedente empero que dicha acción de nulidad se ejercite a través de contestación a reconvención, pues representa infracción legal, en cuanto se desvía del mandato imperativo que contiene el artículo 688 de la Ley Procesal Civil, que exige que la contestación reconvencional a cargo de la parte actora sea sobre lo que ha sido objeto de la reconvención planteada, no procediendo la «reconvención reconvencionalis», como tampoco replantearla en el escrito que sólo cumple función de resumen de pruebas (artículo 701 de la LECiv).

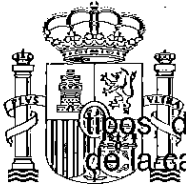
El ejercicio adecuado de la acción de nulidad del contrato precisa petición expresa en la demanda que creó el pleito, conforme jurisprudencia antigua y la más reciente (entre otras Sentencias de 19 febrero 1894 y 29 marzo 1932 No obstante el TS ha decretado la posibilidad de su aplicación de oficio, pero no de una forma totalmente abierta, sino condicionada y controlada a los supuestos que la doctrina jurisprudencial establece sobre tal cuestión.

En tal sentido, como criterio común, rige que los Tribunales decretarán la nulidad aunque no se hubiera alegado o se hubiera efectuado con deficiencias de carácter formal, SÓLO Y CUANDO LA SINAGMÁTICA CONTRACTUAL SE REFIERE A PACTOS O CLÁUSULAS QUE MANIFIESTAMENTE SEAN ILEGALES, CONTRARIAS A LA MORAL, AL ORDEN PÚBLICO O CONSTITUTIVAS DE DELITO Y HACEN QUE LOS TRIBUNALES CONSTATEN LA INEFICACIA MÁS RADICAL de determinada relación obligatoria (Sentencias de 22 y 29 marzo 1963 y 7 julio 1986, así como las que esta resolución cita).

De este modo solo sería procedente respecto a los actos nulos de pleno derecho, pero no ante negocios no infractores de un precepto claro y terminante y mucho menos respecto a aquellos actos y contratos cuya apariencia jurídica correcta merece el debido respeto, mientras no se impugnen en forma eficaz y, consecuentemente, mediante el ejercicio de las oportunas acciones, respetándose los principios de contradicción procesal y tutela efectiva constitucional, para que la otra parte pudiera defenderse y alegar sus razones opositoras.

En definitiva los alegatos sobre una pretendida ineficacia del contrato suscrito, ya sea por la vía de la nulidad como de la anulabilidad, no podrán acogerse por resultar contradictoria con la más elemental REGLA DE COHERENCIA EN LA CONDUCTA, y en su consecuencia se rechaza la invocación de una normativa que fue voluntariamente contrariada por quien, ahora, pretende ampararse en ella y decir a su vez que no se ha constatado que la demandada al tiempo de suscribir el contrato hubiese actuado contrariando las reglas de la buena fe, exigencia del Art. 7.1 CC y su confianza.

En el caso de autos ya hemos adelantado que si bien se dio cumplida información a la actora - Sra. Arrufat- del mecanismo liquidatorio, se le hicieron ejemplos, se le facilitó documentación, y con los conocimientos propios como economista que llevaba la gestión de los negocios de peluquería, con familiares que la ayudaban en la gestión económica expertos en derecho financiero, asumió el riesgo de concertar un producto, que según ella asumió en sede judicial conocía era volátil, y que podía comportar riesgos si bajaban los



1995 dispuso de la información y no quiso utilizarla, el problema surgirá con los efectos de la cancelación anticipada.

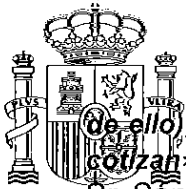
Como señala la STS de 27/1/1988 "...la nulidad contractual por concurrencia de **error o dolo** aparece una **equivocación sustancial al contratar, no vencible por la normal diligencia en la información** o, en el caso de dolo, la inducción del error por maquinaciones graves que forman un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante..."

La probanza compete a "**qui negat**", la moderna doctrina determina el alcance del principio del "**onus probandi**", que el artículo 217 Lec, antes 1214 del Código Civil, en que se sanciona, en el sentido de **que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue** (S. 15 febrero 1985 y que no puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no pueden ser probados, pues pueden serlos por los hechos positivos contrarios, y si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos, extintivos u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor, tendrán que probarlos (SS. 23 septiembre 1986] y 13 diciembre 1989) y, finalmente, que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (SS. 23 septiembre 1986, 18 mayo y 15 julio 1988] y 17 junio y 23 septiembre 1989)).

A la parte demandada, corresponde la **justificación de los hechos impeditivos o extintivos de los efectos jurídicos derivados del derecho del actor** (SSTS 10 marzo 1981], 24 julio 1986, 5 junio 1987], 12 noviembre 1988], 13 diciembre 1989], 25 abril 1990] y 9 febrero 1993]).

En relación a la prueba documental privada que se ha tenido en cuenta para la fundamentación de la presente resolución conviene resaltar que, es de libre apreciación, potestad de los Tribunales de instancia se recoge en las STS de 22 y 30 enero, 11 febrero, 17 marzo, 30 mayo y 5 junio 1986, 18 noviembre 1987 y 30 marzo 1988]), pudiéndose en su apreciación, **valorar libremente documentos de tal naturaleza, en unión de otros elementos de juicio que se infieran de lo actuado** (STS 16 julio 1982]) y que en el caso de autos han resultado **ilustrativos** como ya se apuntó la declaración del Sr Sánchez y de la Sra. Arrufat amalgamado con la documental antes reseñada, debe decirse, que pueden concedérsele por los Tribunales, incluso en aquellos supuestos en que no hayan sido averados, cojuzgando su contenido con los demás elementos probatorios obrantes en autos (SSTS 24 abril 1962], 28 abril 1967], 18 mayo 1968], 28 octubre 1972], 13 julio 1973], 27 junio 1981, 16 julio 1982, 23 mayo y 2 octubre 1985 y, 12 junio 1986, 1 febrero 1989, 11 octubre 1991 y 27 junio 1992):

Des este modo y articulándose las alegaciones del actor sobre la base ya expuesta de vicio del consentimiento por dolo/ error que comportarían la Nulidad de los contratos litigiosos, según se expuso por el alto Tribunal en STS rollo 663/20028 - **tema compra acciones**- *«las fluctuaciones en el valor de las acciones, dependen del mercado financiero. No cabe duda que el crédito para adquirir las acciones se suscribió después de estudiar su conveniencia, y expectativas de ganancia, y de tomar en consideración el riesgo. Esto es, asumiendo riesgo. Por ello, todo inversor en Bolsa conoce que son las circunstancias que influyen en estos mercados financieros (y actualmente hay claros ejemplos*



De ello, las que hacen fluctuar de un día para otro el valor de las acciones que en los mismos **colizan**», así no se ha negado pues obra documentado y así lo puso de manifiesto por el Sr Sánchez y la Sra. Arrufat que , era un cliente habitual con quien había buena relación , que de todo se encargaba la Sra. Arrufat ,de modo que no nos encontramos ante un profano en la materia, sino que amen de gran conocedora de los productos, era la administradora y economista de la mercantil actora , las conversaciones mantenidas sobre los efectos que en su tipo de interés tendría el contrato expuesto eran claros para la citada señora, algo que parece obvio de su perfil profesional y académico.

Dicho lo cual es claro que las negociaciones se llevaban por la Sra. Arrufat personalmente estos hechos no se pueden obviar, la mercantil hoy actora, no negado, de modo que no nos encontramos ante una PYME familiar, regentadas con personas con capacitación en materia fiscal y contable, que disponía de un departamento contable (asesorada por expertos en materia fiscal y tributaria)

De modo que no puede apreciarse error previo en el concierto del contrato mencionado y ello por cuanto de una lectura medianamente atenta permite entender el funcionamiento del derivado, en sus rasgos principales: los escenarios del Euribor y de la inflación, y si el cliente gana (liquidación positiva) o pierde (liquidación negativa) en función del escenario.

El problema surge con el desconocimiento de los efectos del contrato como se analizará más adelante.

No cabe duda que en el ámbito contractual, rige, de entrada, con preferencia a cualquier otro, el principio de autonomía de la voluntad. Es decir, los interesados quedan sometidos a lo por ellos querido y manifestado. **Podrán, pues, en este ámbito, modificar, o no, lo libremente consentido, y desde entonces quedan obligados por lo así dispuesto.**

El pacto, pues, se consolida como elemento rector, y en tanto aquel no se contradiga con la Ley, la moral o el orden público, sin olvidar el principio «in claris non fit interpretatio»; esto es, solo cabrá acudir a métodos «indiciarios» para conocer la voluntad de los interesados, cuando las cláusulas resultaren oscuras, contradictorias, confusas o incongruentes.

Por ello, cuando son claras, habrá que estar al sentido literal de las mismas (art. 1281Cc), pero cuando son oscuras se interpretaran contra quien las redactó.

Parece obvio que si se ha acreditado por la demandada que se llevaron a cabo las gestiones previas para garantizar la idoneidad y conveniencia del producto, que no olvidemos fue contratado en 06, se le hicieron ejemplos únicamente de los mecanismos liquidatorios no de las consecuencias de la cancelación anticipada, se le facilitó documentación relativa a como opera el citado producto en el mercado y se tenían conocimientos por parte de la actora para entenderlos ,se concertó primero el CMOF y el Anexo y posteriormente el Swap, se dispuso pues de información y capacidad para saber, conocer y entender el funcionamiento del producto, ahora bien que ocurre con la cancelación ¿?

Pues bien como se expuso el contrato advierte de su contenido que si los tipos bajan la liquidación será con cargo evidente para el hoy actor, y ni que decir que de la prueba practicada, se han expresado los conocimientos del funcionamiento del



producto, que se analizaron y se toma la decisión con claro conocimiento "ex ante" de la aleatoriedad, si bien con el conocimiento de la época (06) que los tipos se mantendrían durante tiempo con carácter alcista, como así fue, y ello se corrobora que por el hecho que durante 3 años, nada alegó el actor, no se denuncia el contrato no se exige aclaraciones del funcionamiento se expuso por el Sr Sánchez que se dieron las claves del producto en las reuniones llevadas a cabo que se solicitó incluso informe a Tesorería de la mercantil demandada como obra en autos, y que se detallo y explicó con detenimiento.

Conviene no dejar de lado que la bajada de tipo de interés no se produce hasta principios de 09, por lo que el actor mantuvo sin queja durante varios años el producto mientras el panorama de tipos parecía ser benévolo para este tipo de operaciones, no es hasta principios de 09 que realmente solicita información pues tampoco solicitó la cancelación del producto como expuso la propia Sra. Arrufat en sede judicial, y ello se hizo coincidiendo con la quiebra de los sistemas financieros y la saturación del mercado inmobiliario, y aun en esos mail enviados nada se reprueba del engaño o el error al que fue llevado por la entidad mercantil hoy demandada.

NOVENO: DOLO /ERROR

Se plantea pues por el actor el error (in qualitate) o en las condiciones que principalmente dieron motivo a celebrar el contrato (arg.art. 1266 I) y, en concreto, un error sobre los «costes asociados» al derivado (art. 79 bis.3 LMV) y, entre ellos a los **ELEVADOS COSTES DE CANCELACIÓN DEL PRODUCTO QUE OBLIGAN A MANTENER EL PRODUCTO SO PENA DE LIQUIDACIONES NEGATIVAS ANTE EL MANTENIMIENTO O INCREMENTOS DE LAS BAJADAS DE TIPOS REFERENCIALES.**

Es aquí donde de la prueba practicada se concluye que la información fue errónea e incluso nula.

Tal como adelantamos en el caso de autos esta juzgadora ha observado, en el presente **los documentos explicativos del funcionamiento de los productos**, Si bien Si son suficientemente esclarecedores de los efectos principales de la ejecución del contrato (escenarios y liquidaciones), **NO lo son de las consecuencias de la cancelación anticipada**, ello ha sido corroborado por la declaración del Sr Sánchez, quien no concretó que se tuviera en cuenta siquiera la posibilidad.

Consta en el folio 177 de lo actuado –contrato Swap– se estipula, el **DERECHO DE CANCELACIÓN**, eso si al pie del folio en letra pequeña y de manera somera, de igual modo se hace en el documento denominado Termino e indicativos – folio 646–

No hay duda que nada se ha explicado ni reseñado e en la operativa de cancelación anticipada, petición de calculo, designación de resultante, aceptación o no de cliente y mecanismos correctores o verificados en su caso.

Y no hay más que ver la cláusula relativa a la cancelación del producto "LA OPERACIÓN SERÁ CANCELABLE ANTICIPADAMENTE POR PARTE DEL CLIENTE. EN ESTE CASO EL AGENTE DE CALCULO DETERMINARÁ EL IMPORTE A LIQUIDAR ENTRE LAS PARTES..", esto y nada todo es lo mismo, parece claro lo somero del texto, y ello se corrobora con la declaración del Sr Sánchez y la Sra. Arrufat, de modo que se estaba en



la creencia que no había posibilidad de cancelar, pues el contrato y los documentos anexos son contradictorios al expresar que solo cabe el vencimiento anticipado por una serie de causas, para luego exponer "con la boca pequeña" que se puede cancelar, pero sin decir como , ni que consecuencias.

NO hay mas que ver que cuando se solicita por la actora el desistir del contrato, por los perjuicios que le pudo llegara a irrogar (véase folio 207) la demandad lejos de plantearle la posibilidad de cancelar el contrato en una época que aun podía suponer un coste bajo, lo que hace es darle una opción de un nuevo contrato mas pernicioso si cabe del que se quería desligar la actora.

En ningún momento se explicó las consecuencias de desligarse del contrato, no se mencionaron y ningún ejemplo se le hizo ni consta en la documentación,

Parece obvio que es un elemento importante, puesto que de haber conocido las dificultades de desligarse del contrato, la actora no lo hubiera contratado, pues ha quedado claro que se contrato para cubrir las subidas de tipos , por lo que al momento que bajan es de natural que se quiera rescindir , aun cuando ello suponga un coste , ahora bien este coste tiene que explicarse para poder ser sopesado y estudiado si es asumible o no , y ello no se hizo pues no se dio la posibilidad.

Es evidente que la propia demandad parecía desconocer el funcionamiento , pues , n enero de 09 los efectos perniciosos de la cancelación no eran tan abruptos como lo serían ha día de hoy y ello siquiera se planteo , no ya ante en el momento de la formación del consentimiento sino siquiera después.(no olvidemos que la cancelación va al mercado y hoy esta a la baja)

A esta categoría pertenecería el error obstativo, que afectaría a una determinada situación de hecho considerada por el que la sufrió como base necesaria o determinante para el negocio según la buena fe exigible en su celebración, que es el que padeció la actora

Ciertamente la posibilidad de cancelación anticipada, no se concibe como derecho inherente a los contratos de duración determinada, como lo es el Swap, se presume que éstos desplegaran su eficacia hasta su vencimiento, de modo que la resolución anticipadamente, se prevé generalmente como penalidad o indemnización asociada, de modo que al preverse se contempla como tal excepción , admitir la resolución sin coste comportaría que el cumplimiento del Contrato quedaría al arbitrio de cada una de las partes, vulnerando lo dispuesto en el artículo 1256 CC, ya que la cobertura no desplegaría sus efectos a la exclusiva voluntad de cualquiera de ella.

Ahora bien en el caso de AUTOS LO QUE SE DISCUTE NO ES TANTO QUE LA MISMA PUDIERA SER PENALIZADOR SINO QUE ESTE HECHO SE EXPLICARA CON CONCRECIÓN Y POR ENDE PUDIERA SER CONOCIDO POR LA ACTORA, de modo que se conociera los mecanismos de cancelación y como operarían estos en su caso para poder tomar una decisión "ex ante" sopesando todos los posibles riesgos y en conciencia.

En el caso de autos es claro que no se conocía no ya el coste y operativa de cancelación que el mismo podía comportar, sino siquiera la posibilidad , puesto que en el contrato litigioso se hace un somero anuncio de la posibilidad al margen inferior (folio 177), que no se explicó ni concretó por el Sr Sánchez como este manifestó, de igual modo a error lleva el hecho que en los CMOF, no se prevea como tal y se anuncie que el vencimiento anticipado únicamente se concebía en



Unos determinados supuestos, entre los que no esta la mera voluntad, aun con penalización.

Pues bien, comprobado que existe un coste de cancelación complejo de entender , no predefinido y mas que elevado, está demostrado que no se informó al cliente de la posibilidad y del importe que resultaría de la cancelación y desde luego la fórmula de cálculo compleja e incomprensible.

Como decía al hablar de la regulación normativa, la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su norma 3ª, punto 1, párrafo cuarto se indica que " En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad".

Así, en los contratos deben reflejarse las indemnizaciones o penalizaciones por incumplimiento o para compensar el lucro cesante, algo que tal y como he analizado no ocurre en el presente caso ya que la explicación del cálculo es críptica y no permite conocer la cantidad aproximada que supone esa penalización.

Pero vamos a detenernos en el coste de cancelación ya que este coste coloca a los SWAP en peor condición que la inversión en bolsa que es de las más arriesgadas que existe.

Pensemos que cuando se invierte en bolsa, es posible limitar las pérdidas vendiendo las posiciones antes de que el valor de las acciones descienda más. Una vez comenzada la tendencia a la baja de las acciones, es posible venderlas para limitar las pérdidas.

Resulta que en el SWAP esto no es posible ya que cuando el cliente se quiere desvincular del contrato, se le exige el pago de un coste de cancelación que es el equivalente a los pagos que se deben hacer si los tipos de interés de mantuviesen en esa situación el resto de la duración del contrato. No se pueden limitar las pérdidas. ¿Alguien firmaría este contrato sabiendo que para resolverlo debería pagar el importe de las liquidaciones negativas a lo largo del periodo de tiempo restante? Nadie.

No cabe duda de que la omisión de esta información induce a error porque si el cliente conociese el alcance de la vinculación y el coste de cancelación , de los problemas de desvincularse ante una previsible alza de tipos evitando perjuicios mayores , es obvio que no hubiese contratado.

Y así, la citada SAP de Pontevedra reseñaba en supuesto muy similar que: " En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto



mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera...”

Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

De modo que si bien no se ha constatado un error o vicio en la información precontractual relativa a los mecanismos de compensación y liquidación, si se ha entendido acreditado, no y que la información sobre el coste de cancelación era deficiente, sino que siquiera se informó de la citada posibilidad y mucho menos de lo complejo del mecanismos indemnizatorio para ese caso. Una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión y las duras consecuencias tan perniciosas de desligarse del contrato una vez la situación cuando es claramente a la baja de tipos, debe comportar la declaración de nulidad.

De modo que no se informó debidamente de las consecuencias de la cancelación, sino que como comercial de la hoy demanda expresó que es un tema que no se tocó, de modo que existe en este punto un error jurídicamente relevante, (.SSAP Pontevedra 1ª 189/2010, 7-4; Valencia 9ª 276/2010, 6-10; Burgos 3ª 445/2010, 10-11y486/2010, 3-12; Álava 1ª 20/2011, 18-1y217/2011, 14-4; y Asturias 4ª 53/2011, 11-2y83/2011, 2-3y5ª 108/2011, 17-3).

Se ha acreditado por la demandada que se cumplió el deber precontractual de información del mecanismos de funcionamiento del producto, se han acreditado las reuniones, exposiciones situacionales tanto al alza como a la baja, asesoramiento completo y formal por parte de los comerciales y gerentes de la mercantil, pero no puede ni debe admitirse que se ha informado, explicado, y siquiera convenido en forma la posibilidad y consecuencias de desligarse del contrato ante una situación como la que se quería evitar con el concierto del contrato. Existe pues vicio del consentimiento en lo relativo a la posibilidad de cancelar anticipadamente el préstamo y su costa (asi Art. II.- 7:201(1)(b)(iii) del Borrador del Marco Común de Referenciada 2009, de los Principios, Definiciones y Normas Modelo de Derecho Privado Europeo) **NO habiéndose pues acreditado por la mercantil demandada el correcto cumplimiento de TODOS los específicos deberes de información** (en detalle, art. 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión).

De modo que al ser profesional y tener la consideración de EMPRESA la carga probatoria de la información ofrecida recae sobre la entidad hoy actora como ya se avanzó, por lo que será la demandada la que podrá y deberá acreditar la adecuada información al cliente ya que al profesional y economista se puede presumirse que conoce el producto (en este sentido SJPI de Oviedo Nº 10 de 7 de Octubre del 2010 - ROJ: SJPI 20/2010, SJPI de Zaragoza Nº 15 de 15 de Septiembre del 2010 - ROJ: SJPI 21/2010, SAP de Pontevedra, sección 1, de 27 de Mayo del 2010 - ROJ: SAP PO



780/2010). Si bien la prueba de los vicios del consentimiento incumbe a quien la alega, puesto que la voluntad se presume libre, en esta materia concreta se está aceptando una inversión de la carga de la prueba por la jurisprudencia.(SAP de Asturias, sección 7, de 25 de Julio del 2011 (ROJ: SAP O 1161/2011) " La sentencia del TS de 11 de julio de 1998 se manifiesta que: "...La Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente(Art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el Art. 255 C.Com . impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el Art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación; en el ámbito del mandato regulado en el CC, en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en forma más beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo; sentencia que igualmente, con cita de la sentencia del TS de 27 de enero de 2003 , declara que: "... la entidad efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad. (...) Conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1.943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.9988) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio..." "

En relación a los riesgos del producto parece claro que la actora no los sopesó – pues no pudo hacerlo en su Totalidad - no conoció la posibilidad y/o las consecuencias de la cancelación por lo que es viable el alegar error en la valoración de los riesgos de los derivados (imputable a la demandada), y que de acreditada provocara la anulación inicial de todo el contrato.

Es cierto que no hay uniformidad en las soluciones que los tribunales vienen dando a casos similares , pero hay que estar que duda cabe al tipo de contrato, a los conocimientos de las partes y a la operativa de venta llevada a cabo por la entidad y en el caso de autos la información proporcionada para el swap fue en relación al mecanismo del producto correcta y conocida por la actora, ahora bien no fue la correcta en cuanto al nivel de riesgos de cancelación ex ante de la inversión, luego medió error en la prestación del consentimiento; la posible falta de información completa, a la sazón omisión de elementos importante del contrato, y por ende la violación de un deber precontractual en su forma comisiva (en general, entre otras, SSTs 1ª 26-10-1981,482/2004,31-5; 1/2005,17-1; 1279/2006,11-12; 233/2009,26-3; 263/2009,24-4; 289/2009,5-5; 855/2009,30-12 y 129/2010, 5-3;

Por último, el actor fundamenta la anulación en el error y en el dolo, ya hemos adelantado que dolo y el error no son conceptos equivalentes sí son empero normalmente concurrentes (v.STS 1ª 30/2010, 16-2; De Castro, cit., §195), ahora bien conforme lo expuesto procede en el caso de autos, hablar de vicio del consentimiento, por haberse acreditado y corresponder al actor su carga, Arts. 1214 CC y 217 Lec y lo ocurrido es que se suscribió un contrato para hacer fijo un interés variable ante un panorama X (de subida de tipos) un producto que le podía resultar ab inicio , rentable para salvaguardar los costes de las posibles fluctuaciones de los tipos de



Interés (alcistas) ahora bien ello se hizo desconociendo que podía desligarse del citado contrato, y que ello supondría un coste (Y) pernicioso, por lo que no pudo la actora estudiar su conveniencia y expectativas, que luego no se cumplieron, ante una coyuntura no prevista por no ser informada.

En relación al posible dolo es reiteradísima la jurisprudencia según la cual la invocación de un vicio del consentimiento sólo puede ser apreciable en juicio si existe prueba cumplida de su existencia y realidad, prueba que lógicamente, incumbe a la parte que la alega (SSTS 13 diciembre 1992 ; 30 mayo 1995 ; 18 marzo 1996; entre otras) y, al ser un concepto jurídico ***ha de resultar de los hechos, conductas y circunstancias que conforman la base fáctica, siendo su concurrencia, o no, de la libre apreciación del Tribunal sentenciador -SSTS 12 julio 1993;***

Es sabido que para apreciar la existencia de ese vicio de la voluntad así se ha dicho que: "... el dolo, según cabe desprender de la redacción del artículo 1269, comprende no sólo la insidia directa o inductora del error en el otro contratante, sino también la reticencia del que calla o no advierte cuando tenía el deber de informar, que exige la buena fe; y, para su concurrencia, son precisos los siguientes requisitos:

1.º) una maquinación engañosa o una conducta insidiosa, que tanto puede consistir en una conducta activa cuanto omisiva (reticencia en la omisión de hechos), dirigida a provocar la declaración negocial, que determine a la voluntad de la otra parte a realizar el negocio, que de otro modo, no hubiese realizado;

2.º) que esa voluntad quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento, a causa del engaño o coacción u otra insidiosa influencia;

3.º) que sea grave, es decir, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto negocial, o sobre las condiciones que hubieran motivado su celebración, si se trata de anular el contrato; y

4º) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes (SSTS 13 julio 1981 [RJ 1981\3077]; 27 enero 1988 [RJ 1988\151]; 29 marzo 1994 [RJ 1994\2304]; 18 marzo y 9 septiembre 1996)- ...»;

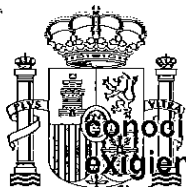
Resulta pues acreditado que el actor NO ejerció, con plena libertad, y sin ningún tipo de traba ni obstáculo, los derechos políticos y económicos inherentes a la titularidad de los productos concertados.

DÉCIMO: ACTOS PROPIOS / INTERESES

En relación con la institución jurídica denominada, "actos propios" y "confirmación de los contratos", conviene decir que el mero hecho que la actora hubieran aceptado que se le fuera haciendo los cargos en cuenta sin más, no constituyen actos propios del reconocimiento y confirmación de la validez del contrato suscrito y hoy litigioso.

En nuestro ordenamiento no es admisible la confirmación de un contrato que como ya hemos dicho, es nulo con nulidad absoluta o radical (artículo 1310 y STS 14-12-1940 (RJ 1940, 1135); 21-1-2000 (RJ 2000, 113)).

Y desde la óptica de la buena fe y lealtad negocial se trata de hechos que carecen de una significación clara e inequívoca en cuanto a que sus autores hubieran asumido y aceptado de forma plena e irrevocable lo contratado. **Para que pueda entrar en juego la doctrina**



conocida como de los actos propios, nuestra jurisprudencia de siempre viene exigiendo "...la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica , para lo cual es insoslayable el carecer concluyente indubitado, con plena significación inequívoca del mismo,.."(STS. 30.3 (RJ 1999, 2361) y 9-6 de 1999 ..). Ninguno de los hechos mencionados, reúne tales condiciones, el primero, porque forma parte del comportamiento engañoso desplegado por la vendedora y el segundo, porque con el pago del préstamo y del Swap, la actores no pretendían otra cosa que evitar mayores males dada la posible ejecución del mismo caso de impago....".

Por todo lo expuesto , procede decretar la **nulidad radical del contrato suscrito por la actora tanto el SWhap de 4/10/06 ,por falta de prestación de un verdadero y valido consentimiento**, se evidencia que el citado contrato carecen del contenido mínimo exigido por la ley, que el vicio el consentimiento de la actora sobre los efectos concretos del negocio jurídico- cancelación- , y por tanto, sobre **elementos esenciales del contrato** invalidantes de aquellos y con entidad **suficiente para determinar la nulidad radical** .

Se proceder a decretar la **nulidad Radical, consiguiente error excusable** sobre elementos esenciales del contrato, **PERMUTA FINANCIERA DE TIPO DE INTERÉS "SWAP" concertados inter partes (a través de una de las administradoras solidaria)**; de fecha 4/10/06 (CMOF de igual fecha), de igual modo se decreta la nulidad del contrato de permuta.

En aplicación del 1303 Cc, la nulidad del contrato comporta que duda cabe la restitución de las prestaciones (asi STS ss./4/2005) con sus intereses "ex 1100 y 1108 Cc" desde la fecha de cargo., el citado artículo prescribe: **«Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes»**. En cuanto al **Swap**, que se anula, el banco deberá **restituir el saldo neto de las liquidaciones cruzadas** (el saldo debe calcularse con los intereses desde que las **cantidades fueron recibidas o entregadas**) sin coste e cancelación .

La fecha desde la que deben computarse los intereses es la fecha de cargo en la cuenta (o **fecha de cobro indebido**,SSTS 1ª 12-11-1996;81/2003,11-2; 251/2005,22-2; 460/2009,30-6 y 605/2010, 4-10), no la de la reclamación extrajudicial o judicial (contra,SSTS 1ª 10-7-1902;21-6-1958y1197/2008, 11-12), porque la restitución no responde al instituto de la mora sino al de reversión del enriquecimiento injusto, siendo los intereses frutos civiles por todo el tiempo del que se disfruta el dinero ajeno indebidamente. En realidad, el enriquecimiento sería el rendimiento medio que obtiene el banco por la cantidad recibida pero debemos estar al interés legal como sustitución estimativa.

DECIMOPRIMERO: INTERESES Y COSTAS:

Por otra parte el 576 de la LEC establece en relación a los intereses legales que, desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o al que



corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley, atendiendo en relación a los intereses a lo estipulado anteriormente .

El artículo 394 de la LEC establece en su primer párrafo que en los procesos declarativos las costas de la primera instancia **se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, siendo que cada parte asumirá las propias y las comunes por mitad si se estimare parcialmente. Conforme se estipula en el art 394.1** de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tribunal aprecia que el caso, tanto la pretensión inicial como la reconvenzional, presenta **serias dudas de derecho**, ateniendo «la dispar jurisprudencia recaída en casos similares» (art. 394.1 II LEC), que no es uniforme, como se explica en la fundamentación de esta sentencia, es por lo que se justifica la exención de condena en las costas de la actora.

VISTOS los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

FALLO: QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA FORMULADA POR LA MERCANTIL SL , CONTRA LA ENTIDAD BANCO MARE NOSTRUM SA (ANTES CAIXA PENEDES) ., DEBO DECLARAR Y DECLARO :

- a) LA NULIDAD DEL CONTRATO DE "OPERACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS" DE FECHA 4/106/06 CON SUS ANEXOS Y DOCUMENTOS DE CONFIRMACIÓN.
- b) SE DEJA SIN EFICACIA LO EJECUTADO POR EL/LOS CITADOS CONTRATO/S DURANTE SU VIGENCIA , CON LA CONSIGUIENTE OBLIGACIÓN DE LAS PARTES DE RESTITUIRSE RECÍPROCAMENTE CUANTAS PRESTACIONES SE HAYAN EFECTUADO , EN CUALQUIER CONCEPTO, o HAYAN RECIBIDO O SATISFECHO EN BASE A LOS CONTRATOS.
- c) Y TODO ELLO CON EL INTERÉS LEGAL CORRESPONDIENTE EN LA FORMA QUE SE INDICA EN EL FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO DE ESTA RESOLUCIÓN QUE SERÁ EL 576 LEC DESDE LA PRESENTE HASTA TOTAL PAGO .
- d) NO SE HACE IMPOSICIÓN DE COSTAS.

Previo notificación a las partes Inclúyase la presente resolución en el Libro de Sentencias.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber, conforme a lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma **NO ES FIRME** y que, contra ella, cabe **RECURSO DE APELACIÓN** para ante la Audiencia Provincial de Barcelona que, en su caso, deberá formalizarse ante este Juzgado dentro de los **VEINTE (-20-)** (art.458 y relacionados LEC).



Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, y acreditarse debidamente.

Además deberá hacerse frente en su caso y, al amparo de la Ley de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos 5/12 de 20 de marzo (Título III Bis , Capítulo I) a la Tasa Autonómica correspondiente a tenor de lo preceptuado en el artículo 3 bis.1.1.

Así lo mando y firmo, Doña Isabel Martínez i Cid, Magistrada-Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 55 de Barcelona.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado-Juez de este Juzgado que la ha dictado, en el día de su fecha, estando celebrando audiencia pública, de lo que yo, la Secretario Judicial, doy fe