



1/17

O. SERRANO



JUZGADO MERCANTIL DE GIRONA

Procedimiento ordinario nº 891/010

SENTENCIA Nº 167/12

En Girona a 31/7/2012

Vistos por D. HUGO NOVALES BILBAO, Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil de Girona y su partido, las presentes actuaciones de JUICIO ORDINARIO, seguidos a instancia de S.L., representados por el Procurador de los Tribunales Carlos J. Sobrino Cortés y defendido por el letrado Oscar Serrano contra Caixa d'Estalvis del Penedés (actualmente Banco Mare Nostrum) representada por la Procuradora Mercé Canal Piferrer y defendida por el letrado Juan Ignacio Sanz, recayendo la presente resolución sobre la base de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se formuló demanda de juicio ordinario, siendo competente este juzgado para el conocimiento de la misma, se admitió a trámite, emplazando a la demandada, la cual se personó en tiempo y forma, teniéndole por parte y contestando a la demanda.

SEGUNDO.- La pretensión de la parte actora es la declaración de nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 28/9/07 y los contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés de 28/9/2007 y 1/8/08, suscritos con la demandada.

Devolución de las prestaciones recíprocamente percibidas en aplicación del contrato con sus intereses.

Dichas pretensiones se fundan en los siguientes hechos:

En fecha de 28/9/2007 y ante la oferta recibida de la entidad financiera Caixa del Penedés, los actores suscribieron con dicha entidad un contrato marco de operaciones financieras y un primer contrato de permuta de tipos de interés.

Dicho contrato habría sido presentado como un seguro frente a la subida de



2/17

tipos de interés por parte de la entidad demandada.

En fecha de 1/8/2008 y con ocasión de la contratación de una nueva operación de pasivo (línea de crédito), Caixa del Penedés insistió en la suscripción de un nuevo contrato de cobertura de tipo de interés.

En el mismo acto la parte actora firmó un test de conveniencia constituido por una sola pregunta relativa a la suscripción previa de otras coberturas de tipos de interés.

La entidad S.L. se dedica a la realización de obras de impermeabilización.

Como consecuencia del primer contrato se practicaron por la entidad bancaria, las siguientes liquidaciones: 31/10/08 = + 381,25 euros. 31/8/09 = + 758,33 euros. 31/10/2010 = - 18.513,44 euros.

Como consecuencia del segundo contrato se practicaron por la entidad bancaria, las siguientes liquidaciones: 15/11/08 = +161 euros. 15/2/09 = - 207 euros. 15/5/2009 = - 1.330,55 euros. 15/8/2009 = - 1.721,94 euros. 15/11/09 = - 1.930,47 euros. 15/2/2010 = - 2.011,74 euros. 15/5/2010 = - 1.971,85 euros. 15/8/2010 = - 2.027,58 euros. 15/11/2010 = - 1.917,16 euros.

En el contrato de permuta financiera suscrito en fecha de 28/9/07 se hacía constar en su primera hoja y en negrita que "El cliente manifiesta de forma expresa que la finalidad de la presente operación es la cobertura de los riesgos de subidas de tipos de interés derivados de determinados pasivos financieros contratados por el mismo.". En este contrato se estipuló un tipo fijo (a pagar por el cliente) sobre un nominal de 500.000 euros del 4,50 % para el periodo desde el 31/10/07 al 31/10/08, del 4,80 % desde 31/10/08 al 31/10/09 y del 4,90 % desde el 31/10/09 al 31/10/10. El tipo variable era el Euribor a 12 meses.

Como cláusula de cancelación anticipada se convino que "La operación será cancelable anticipadamente por parte del cliente. En este caso el Agente de Cálculo determinará el importe a liquidar entre las partes".

En el contrato de permuta financiera suscrito en fecha de 1/8/2008 se establecía un tipo fijo a pagar por el cliente de 4,65 %, fijándose una barrera o techo para la entidad bancaria del 5,65 %. Por encima de esta barrera o techo, la entidad Caixa del Penedés únicamente debía satisfacer un diferencial del 0.1 %.

Como cláusula de cancelación anticipada se determinó que sería la entidad



3/17

Caixa del Penedès la que en su caso valorará el instrumento financiero de cobertura a precio de mercado y determinará la liquidación.

TERCERO.- La pretensión de la parte demandada es la desestimación de la demanda.

CUARTO.- Para el éxito de sus pretensiones la parte actora propuso prueba, practicándose la testifical y la documental que se tuvo por reproducida y aportada.

Para el éxito de sus pretensiones la parte demandada propuso prueba, practicándose la testifical y la documental que se tuvo por reproducida y aportada.

QUINTO.- Como hechos controvertidos quedaron fijados en el acto de la Audiencia Previa los siguientes:

Si la parte actora fue debidamente informada, previamente a la celebración de los contratos de 28/9/07 y 1/8/2008, de los riesgos contractuales, de los gastos a asumir por el cliente o del modo de ejecutar los cálculos.

Si el test de conveniencia consistió en la realización de una sola pregunta consistente en la celebración previa de otras coberturas de tipos de interés.

Si la entidad Caixa d' Estalvis disponía de una información sobre la evolución de los tipos de interés que no fue puesta en conocimiento de la entidad actora.

Si el contrato o su anexo describen los riesgos reales para el cliente.

Si el contrato contiene información suficiente para conocer los riesgos reales de cancelación del producto.

Si la empresa actora tiene el carácter de minorista.

SEXTO.- A la vista de lo actuado se declaran como hechos probados los siguientes;

SEPTIMO.- En la tramitación del presente juicio se han observado todas las prescripciones legales salvo el plazo para dictar sentencia debido a la acumulación de asuntos en este juzgado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- A modo de preámbulo debe hacerse alguna mención, a grandes rasgos y sin ánimo de analizar con profundidad teórica, a propósito del contrato de que se trata y cuya nulidad se pretende. Así el Swap, por lo que hace referencia a la práctica bancaria española, dentro de la amplia variedad de modalidades existentes, puede definirse como un contrato por el que normalmente una entidad financiera y



4/17

una persona física o jurídica cliente acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia, los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente (en nuestro caso, tipos de interés fijos y variables) para cada uno de ellos, a un plazo determinado.

La finalidad que se pretende con estos contratos, al menos en un plano teórico, es la mejora de la financiación de las empresas o personas que tienen posiciones de pasivo frente a las entidades bancarias, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones al alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con nítidos rasgos especulativos. En realidad estamos en presencia de lo que es una auténtica apuesta sobre la evolución de los tipos de interés, con el riesgo inherente a la incertidumbre propia de la variabilidad de los tipos de interés.

Ello no obstante dicha "apuesta" que otorgaría al contenido del contrato swap un efecto puramente aleatorio, no es tal, arbitrándose instrumentos o mecanismos que permiten a la entidad financiera que es la que redacta el contrato, minimizar los riesgos. Así podemos hablar de las tan mediáticas cláusula suelo o floor o la cláusula techo (como la del segundo contrato que nos ocupa en las presentes actuaciones) así como un probable conocimiento, basado en previsiones, análisis de tendencias, estudios de mercado etc, del comportamiento de los tipos de interés que otorgan a las entidades bancarias una situación aventajada con respecto a unos clientes que carecen de tales conocimientos y cuya intervención en el contrato se limita a decidir si contratan o no, pero en los términos pre-redactados.

En esta modalidad de swaps consistentes en intercambios de capitales calculados sobre tipos de interés, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nominal), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del Euribor, mientras que la otra, el cliente, lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps").

En el caso enjuiciado, el primer contrato de 28/9/07 lo es sobre un nominal de 500.000 euros y por un plazo de tres años, la entidad financiera se comprometía a pagar anualmente a S.L. las cantidades resultantes de aplicar el tipo pactado (del 4,50 % para el periodo desde el 31/10/07 al 31/10/08, del 4,80 % desde 31/10/08 al 31/10/09 y del 4,90 % desde el 31/10/09 al 31/10/10.) y



5/17

el Euribor hipotecario, siempre y cuando éste fuera superior al tipo fijo, mientras que Imperaplic Mediterrania S.L. se comprometían a pagar a Caixa d'Estalvis del Penedés la cantidad resultante de la liquidación, siempre y cuando el tipo de referencia fuera inferior al tipo fijo pactado..

En el contrato de permuta financiera suscrito en fecha de 1/8/2008 se establecía un tipo fijo a pagar por el cliente de 4,65 %, fijándose una barrera o techo para la entidad bancaria del 5,65 %. Por encima de esta barrera o techo, la entidad Caixa del Penedés únicamente debía satisfacer un diferencial del 0.1 %. El nominal de referencia era de 200.000 euros (Folios 121 y ss.)

SEGUNDO.- En cuanto al error en el consentimiento y su efecto invalidante del contrato.-

En este sentido puede citarse la St del TS Sala 1ª, de fecha 12-11-2004, según la cual, "Dice la sentencia de 24 de enero de 2003 que "de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las sentencias de 14 y 18 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999, señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, ..con cita de otras varias, la sentencia de 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil y establece que "será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos.

a) Ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste.

b) Que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de



6/17

Sobre la base de esta construcción Jurisprudencial del error como causa de nulidad de los contratos (arts. 1265 y ss.) y extrapolándola al caso enjuiciado, cabe considerar que efectivamente los contratos de que se trata adolecen de un vicio de consentimiento recayente sobre elementos esenciales de los mismos y que determinan su nulidad, siendo dicho vicio del consentimiento consecuencia de la actitud negligente y omisiva por parte de la entidad bancaria y, por otro lado, de la propia naturaleza de este tipo de productos, que dado su carácter complejo, la dificultad que entraña su comprensión para el público en general y las relaciones de confianza que ligan a los clientes de las oficinas bancarias con estas últimas, exigen un plus de dedicación y compromiso en lo que a la información y explicación se refiere, debiendo comprender dicha información no solo los aspectos básicos y sustanciales del contrato sino también la idoneidad del producto financiero para el tipo de cliente al que se le ofrece.

En este sentido ya se mencionaba en la demanda y se ratifica en la Vista por los Sres. _____ y _____, socios y administradores de la entidad actora que "_____ (director de la sucursal de Caixa d'Estalvis del Penedés) le presenta un producto que es un seguro para asegurar el tipo de interés... que les explicó que era un seguro para asegurar el tipo de interés y que era gratis, que

_____ les dijo que tenían que firmar el seguro que había hablado con _____... que había mucha confianza, que la falta de comprensión la suplía con la confianza, que el contrato de 2008 tuvo lugar en las mismas circunstancias, que era un seguro, gratis...

Pero es que además la confusión a que se induce al cliente al firmar este tipo de contratos y considerando su escasa experiencia de los tecnicismos jurídicos y económicos, es deducible incluso de los propios términos del contrato. Así según el folio 114 de las actuaciones, en el contrato de permuta financiera suscrito en fecha de 28/9/07 se hacía constar en su primera hoja y en negrita que "El cliente manifiesta de forma expresa que la finalidad de la presente operación es la cobertura de los riesgos de subidas de tipos de interés derivados de determinados pasivos financieros contraídos por el mismo.". Tal redactado o expresión literal puede inducir perfectamente a confusión, porque, por un lado, permite concluir que la finalidad del contrato es la de cubrir el riesgo de subida de tipos de interés, siendo así que la cobertura de un riesgo constituye precisamente la esencia de un contrato de seguro y, por otro lado, oculta la verdadera finalidad del contrato que es la



7/17

permuta financiera de tipos de interés con obligación no recíproca de pago en función de la evolución de dichos tipos.

Sin embargo la verdadera finalidad del contrato consta de una manera mucho menos identificable en los párrafos posteriores al anteriormente citado y además en letra normal, siendo así que el transcrito anteriormente se destacaba en negrita y perfectamente encuadrado mediante líneas divisorias.

Otro elemento del contrato que merece la pena destacar dentro de esta argumentación relativa al error en el consentimiento por información inadecuada, insuficiente y confusa proporcionada por la entidad bancaria, que no lo olvidemos era la redactora de los contratos, viene constituido por las simulaciones que se llevaron a cabo en el contrato de 1/8/2008 (Folio 124 de las actuaciones). Dichas simulaciones se hacen sobre la base de escenarios muy moderados que no reflejan una imagen fiel de los posibles efectos del contrato. Así se trata de escenificar lo que pasaría si el Euribor fuera del 4,60%, del 4,85 % o del 5,75 %, sin embargo no se expone el verdadero riesgo del contrato constituido por la bajada de los tipos de interés que es precisamente lo que ha tenido lugar sin cesar desde finales de 2008. En definitiva el cliente obtenía una imagen distorsionada pero aproximada de estar contratando un seguro que le cubría frente a posibles subidas de tipo de interés (a pesar de que esta cobertura en el contrato de 2008 solo tenía lugar si los intereses eran superiores al 4,65 % pero inferiores al 5,60 %), pero no conocía y ello puede constituir una omisión deliberada de un riesgo implícito en el contrato, qué sucedía si bajaban los tipos de interés.

TERCERO.- Ello no obstante en la nulidad del contrato convergen otros razonamientos íntimamente ligados a lo que es el fundamento del error en el consentimiento.

Respecto del incumplimiento de la obligación informativa que incumbe a la entidad bancaria demandada y dada las similitudes concurrentes del caso de autos con el supuesto resuelto en la sentencia dictada por la AP de Girona de fecha 1/9/2011, cuyos argumentos comparte punto por punto este Juzgador, procede reproducir parcialmente los razonamientos contenidos en la misma y en particular los que a continuación se exponen:

Los principios que rigen la contratación civil en general han venido siendo sustituidos por una legislación especial que en atención a una de las partes contratantes o en atención a la naturaleza jurídica del contrato, o a ambas situaciones, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento



8/17

frente a la otra o le restringen su autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha legislación la relativa a la protección de consumidores y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores, la cual deberá tomarse en consideración para resolver el presente litigio

Establece el artículo 1 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, tras la modificación realizada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que "La presente Ley tiene por objeto la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos; la prestación en España de servicios de inversión y el establecimiento del régimen de supervisión, inspección y sanción.". Y en el artículo 2 al establecer el ámbito de aplicación de la Ley dice que "Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros:...

2. 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 ..

También el punto 8 de este mismo precepto hace referencia a "Contratos de ...permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación ...

A la vista del contenido del contrato suscrito por la actora y destacando en particular la propia denominación de contrato de cobertura de tipos de interés y el reconocimiento expreso que se hace en el contrato (Folio 121) de la aplicación de la Ley del Mercado de Valores, se concluye que dicho contrato estaría sometido a la regulación de dicha legislación especial ya sea en su condición de permuta, de contrato sobre tipos de interés o como instrumento financiero relacionado con tipos de interés, la cual modula los principios generales de la contratación civil sobre la prestación del consentimiento en la suscripción de los contratos sometidos a la misma, debiendo entenderse a la vista del contenido de toda la Ley que muchos de sus preceptos son una transposición de la normativa de la Unión Europea, que se trata de normas imperativas y, que relacionándolo con el presente caso, las sociedades de inversión debe cumplir las obligaciones que en dicha Ley se establecen antes de contratar con sus clientes un producto financiero, pues como



9/17

dice el artículo 78 quienes presten servicios de inversión deberán respetar las normas de conducta contenidas en el presente capítulo y su incumplimiento no sólo generará la sanción administrativa correspondiente, sino que provocará la existencia de vicios en el consentimiento, como veremos.

Y claro exponente de ello es el capítulo I del Título VII que fija las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión y que sufrió una importante reforma por la Ley 47/2007, a fin de incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

Y en la precisión de tales normas de conducta, el artículo 78 bis de la referida Ley del Mercado de Valores, parte de la distinción de los distintos clientes entre profesionales y minoristas, y el precepto empieza indicando quienes son clientes profesionales para acabar diciendo en el número 4 que se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales. A la vista de lo que dispone tal precepto sobre los requisitos para que un cliente de la sociedad de inversión puede considerarse como profesional, no puede llegarse a otra conclusión de que la sociedad actora no puede ser considerada como cliente profesional, pues no concurre ninguno de los supuestos para catalogarlos como tal, ni existen elementos para presumir la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Y en este extremo es indiferente que el minorista sea consumidor o no pues la Ley establece una protección especial a aquellos clientes minoristas sean o no consumidores.

E insistiendo en ello y con relación a la entidad actora, su negocio profesional es el de colocación de impermeabilizados y no consta que tuvieran ningún conocimiento especial sobre funcionamiento de productos de inversión complejos, aleatorios y arriesgados. Por lo tanto la demandante era a todos los efectos cliente minorista y la entidad financiera debió tratarla como tal y cumplir con todos los requisitos legales, si quería que la prestación de su consentimiento en la suscripción



10/17

del producto de inversión fuera válido.

CUARTO.- Aunque los bancos y otras entidades que prestan servicios de inversión son sociedades que lógicamente actúan con la finalidad de obtener beneficios económicos para su reparto entre los accionistas, el artículo 79 de la LMV es claro cuando establece que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Y tal obligación se desarrolla en el artículo 79 bis que se titula de "las obligaciones de información" y que viene a precisar el comportamiento concreto de actuación de la entidad que presta servicios de inversión.

Tal precepto establece ante todo y en su apartado 5 que "Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes. Añadiéndose en los apartados 6 y 7 que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de



11/17

inversión o producto previsto es adecuado para él. Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado".

Por su parte el art. 72 del RD 217/08, vigente en la fecha de otorgamiento del segundo contrato discutido en las presentes actuaciones, dispone, bajo la rúbrica de "Evaluación de la idoneidad" que:

"A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones:"

Como vemos el legislador exige de la entidad que presta el servicio de gestión de cartera o de inversión un test de conveniencia e idoneidad del cliente con relación a los productos que el cliente quiere contratar o la entidad le ofrece. No consta que por la entidad bancaria recurrente fueran cumplidas dichas obligaciones legales limitándose a ofrecerle un producto financiero y suscribiendo un contrato básico de prestaciones de servicios de inversión y el contrato de cobertura de "hipoteca" que en realidad encerraba un contrato swap o de permuta de tipos de interés. En este sentido y si observamos el folio 131 de las actuaciones vemos como el "Test de conveniencia" llevado a cabo por la entidad bancaria para medir la adecuación del producto al cliente y la idoneidad de éste con arreglo a diversos parámetros, se limita a verificar que en los últimos 3 años ya tenía coberturas de tipos de interés. Desde luego en 3 años las circunstancias del cliente a nivel económico y financiero, sus necesidades y circunstancias han podido variar sensiblemente y resulta excesivamente lacónico e inaceptable un "Test de conveniencia" basado en una pregunta cuya respuesta proporciona una información tan exigua e insuficiente.

QUINTO.- Además del test de conveniencia e idoneidad que debe realizar la entidad de prestación de servicios de inversión, ésta debe informar al cliente minorista sobre el concreto producto financiero que se le solicita o se le ofrece. Dice el artículo 79bis.2 LMV que "Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.



12/17

Sin embargo y si observamos el documento obrante en el folio 120 de las actuaciones y en contra de los alegatos vertidos por la entidad demandada, sí puede inferirse que en su actuación precontractual y en particular en el modo general de dar a conocer estos productos financieros, Caixa d'Estalvis del Penedés concibe la cobertura frente a la subida de tipos de interés como un "seguro" es decir como una cobertura o como una garantía si se prefiere a favor del cliente y frente al riesgo de alza de los tipos de interés. Por ello incluso desde el punto de vista publicitario, como se defiende en la demanda, cabe inferir que la actuación de la entidad demandada en el ámbito publicitario no fue lo clara e imparcial que se exige legalmente.

En este sentido debe exponerse que efectivamente el contrato swap ni participa de las características legales de un seguro ni reúne sus requisitos definidores y el mero hecho de que se mencione, se califique o se ejemplifique como un "seguro" a los clientes no profesionales de la entidad bancaria, como ya se ha razonado en esta misma resolución, puede inducir perfectamente a confusión pues dicho término calificador permite inferir uno de los aspectos claves del swap (protección frente a subida de tipos de interés) pero no desvela y además desvía la atención sobre otro de los elementos sustanciales del contrato, el constituido por el riesgo, por la posibilidad de pérdidas onerosas para el cliente que puede verse perjudicado por un descenso de los tipos de tipos de interés que le obligará a abonar la diferencia entre el Euribor vigente (o el mínimo pactado) y el tipo fijo establecido en el contrato, lo cual difiere notablemente del funcionamiento de un contrato de seguro.

Esta conclusión quedaría contradicha por otros documentos, como el obrante en el folio 401 de las actuaciones, sin embargo ni . ni .

econocieron haber recibido ni vistos dichos documentos y por parte del Sr. director de la sucursal, se manifestó que tales documentos se dan normalmente pero que no recordaba haberlo hecho en este caso concreto.

SEXTO.- *En cuanto a la idoneidad en la redacción de la cláusula de resolución o cancelación anticipada del contrato swap.*

En el contrato de permuta financiera suscrito en fecha de 28/9/07, como cláusula de cancelación anticipada se convino que "La operación será cancelable anticipadamente por parte del cliente. En este caso el Agente de Cálculo determinará el importe a liquidar entre las partes".

En el contrato de permuta financiera suscrito en fecha de 1/8/2008, como cláusula de cancelación anticipada se determinó que sería la entidad Caixa del



13/17

Penedés la que en su caso valorará el instrumento financiero de cobertura a precio de mercado y determinará la liquidación.

Efectivamente la cláusula de cancelación anticipada, si se procede a su simple lectura o si se prefiere a una lectura detenida de la misma, no ofrece en absoluto una información mínimamente aceptable y suficiente sobre las consecuencias prácticas de la cancelación para la parte adherente al contrato, escapando a la exigencia legal relativa a la claridad y comprensión de las cláusulas contractuales.

La lectura de dicha cláusula no permite a priori, de modo alguno, al contratante, tener un conocimiento aproximado y cabal de qué puede representar a nivel económico o cuantitativo hacer uso en un momento puntual de la facultad de cancelación. Sobre esta facultad además no se hacían simulaciones en el contrato.

Y la cuestión desde luego no es baladí puesto que afecta a una parte esencial del contrato ya que uno de los motivos que puede conducir a un contratante de este tipo de productos y más a un contratante minorista, no profesional, es precisamente saber que dispone de una cláusula de salvaguarda, de una garantía, es decir de una posibilidad, si durante la vigencia del contrato éste no resulta como había previsto o le habían informado, de proceder a su resolución anticipada y por tanto a evitar el mantenimiento en el tiempo de sus consecuencias adversas. Y resulta lógico y de sentido común considerar que en este tipo de contratos, que difícilmente se entienden por los contratantes porque son complejos por propia definición y en los que hay aspectos o enunciados que pueden escaparse a un verdadero entendimiento y comprensión de sus consecuencias prácticas, el hecho de que puedan cancelarse anticipadamente constituye un elemento que puede influir decisivamente o decantar al adherente para prestar finalmente su consentimiento.

Nótese, al hilo de lo argumentado en el párrafo anterior, que el propio contrato (Folios 114 y ss.) no contenía ejemplos prácticos basados en la variación de la evolución de los tipos de referencia, de liquidación periódica, y tampoco ningún ejemplo de valoración de la cancelación anticipada que permitiera al contratante conocer siquiera aproximadamente su coste.

En este punto concreto, esencial en el contrato, determinante de la emisión de voluntad por el adherente, la información suministrada por la entidad de ahorro fue confusa, insuficiente e inadecuada y desde luego no cumplió con las exigencias de diligencia, precisión, atención y detalle que se exigen en la normativa vigente y en sucesivas y recientes resoluciones judiciales.

Así cabe destacar recientísimas sentencias dictadas como las dictadas por el



14/17

Juzgado de Primera Instancia de Ourense de fecha 18 de mayo de 2.010 (la cual incide en la obligación legal y reforzada de información por parte del banco atendiendo a la complejidad y posición de superioridad que ostentan las entidades bancarias y financieras frente a sus clientes), la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos el 21 de junio de 2.010 (en la que se hace hincapié en el deber del banco consistente en hacer un esfuerzo adicional de información en atención a la complejidad de la operación financiera en cuestión); y la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 22 de junio de 2.010 (que pone el acento en los tintes especulativos del contrato, los grandes riesgos que conlleva, y la necesidad de informar específicamente sobre los mismos), considerándose que en el caso de autos, la entidad de ahorro desplegó este esfuerzo adicional de información, cumpliendo con los requisitos que sobre el particular se han incorporado a distintas resoluciones dictadas por órganos judiciales.

En estos términos y de conformidad con todo lo razonado en el presente Fundamento y en los anteriores, cabe considerar que hubo un incumplimiento sustancial de las obligaciones de información clara y detallada que correspondía a la entidad bancaria y que dicho incumplimiento fue causa del error en el consentimiento prestado, recayendo dicho error sobre aspectos esenciales del contrato y que el mismo no pudo salvarse con una diligencia más intensa de la demostrada por Imperaplic Mediterrania S.L., respecto de la cual no se acredita siquiera indiciariamente que tuvieran un conocimiento suficiente del contrato y en particular de sus riesgos ante una bajada de tipos y, en su caso, del coste o repercusión que podía implicar el uso de la resolución anticipada.

En definitiva el consentimiento prestado estuvo viciado por un error insalvable determinante de la nulidad de los contratos swaps formalizados por los actores en el mes de octubre de 2008, procediendo en consecuencia la restitución recíproca de lo entregado por ambas partes en ejecución del contrato y el precio con los intereses (art. 1.303 del C.C.).

Finalmente a todo lo anterior puede añadirse el incumplimiento flagrante protagonizado por la Caixa d'Estalvis del Penedés de la normativa específica (RD 217/2008 de 15/2) sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, cuyo artículo 60 determina que:

A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas (y la parte actora lo es), ..., deberá cumplir las condiciones



15/17

establecidas en este artículo. En particular:

b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.

c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.

d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

De conformidad con lo razonado, no puede predicarse el cumplimiento de la normativa vigente respecto de la Caixa demandada.

SÉPTIMO.- La nulidad contractual reclamada en las presentes actuaciones y que ha sido argumentada sobre la base del error en el consentimiento provocado por la actitud negligente y omisiva de Caixa d'Estalvis del Penedés, se funda también en la infracción de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación imputable a la entidad demandada, precisamente por dicho comportamiento incumplidor y negligente.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2009 declara la nulidad de unos depósitos bancarios de alta rentabilidad y las consecuencias del mismo, por infracción de los requisitos de la claridad y la sencillez exigida por los artículos 5.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y 10.1.a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por no haberse ajustado la contratación bancaria realizada a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, en cuanto dicha contratación había vulnerado las obligaciones de información y transparencia previstas en la misma, confirmando la posibilidad de que una vulneración de normativa administrativa es susceptible de conllevar la nulidad del negocio jurídico estipulado por aplicación de lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil, en atención a la naturaleza de dicha normativa administrativa.

De este modo y sobre el particular se pronunció expresamente la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2009:

«c) No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la



16/17

norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez [STS de 25 de septiembre de 2006] y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto [STS de 31 de octubre de 2007].

En análogos términos y para un supuesto similar la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010.

Con carácter general, para otros supuestos, la también reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2010, resume la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad del negocio jurídico que haya vulnerado normativa de carácter administrativo.

Con carácter específico y ante la vulneración de la referida norma imperativa, declarando la nulidad del contrato por vulneración del artículo 6.3 del Código Civil, conviene destacar a la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 4 de Fuengirola (Málaga), de 30 de julio de 2010, sobre un contrato de swap, que manifiesta lo siguiente:

«.. En primer término, debe destacarse la absoluta dejación de la demandada al indagar sobre el perfil del inversor de los actores (...) Por cuanto se ha expuesto, procede acceder a la pretensión de nulidad deducida no sólo por cuanto las cláusulas analizadas contravienen el tenor de las normas imperativas señaladas, sino por cuanto que tal infracción ha sido determinante del vicio en el consentimiento prestado por los demandantes (arts. 6.3 CC y 83 RDLeg.)».

En cuanto a la jurisprudencia menor, recogiendo como obligación de la entidad de crédito comercializadora de los derivados financieros OTC (incluidos los vinculados a préstamos o créditos garantizados con hipoteca), el cumplimiento de la normativa MIFID antes citada, cabe exponer las siguientes sentencias:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 27 de marzo de 2009.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 7 de abril de 2010.

OCTAVO.- La nulidad del contrato produce los efectos pretendidos y regulados en el art. 1.303 del C.C. al señalar que "...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"



17/17

NOVENO.- En materia de costas es de aplicación el art. 394 LEC.

Al haberse estimado todas las pretensiones de la parte actora, las costas se imponen a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos:

FALLO.-

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por S.L., representados por el Procurador de los Tribunales Carlos J. Sobrino Cortés y defendido por el letrado Oscar Serrano contra Caixa d'Estalvis del Penedés (actualmente Banco Mare Nostrum) representada por la Procuradora Mercé Canal Piferrer, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de cobertura de interés sobre hipoteca concertado por las partes en fechas respectivas de 28/9/07 y 1/8/2008 con el efecto legalmente prevenido de restituirse recíprocamente todo lo pagado o recibido en virtud del contrato con los intereses y ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

Notifíquese la anterior resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de apelación que deberá interponerse en el plazo de 20 días a contar desde la notificación de la presente, previa constitución del depósito necesario para recurrir por importe de 50 euros, advirtiéndole a la parte que sin dicha consignación no se dará trámite al recurso interpuesto.

Así por esta mi Sentencia, dictada por el Magistrado Juez del Juzgado Mercantil Único de Girona, la pronuncio mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la presente resolución, estando el Ilmo. Magistrado-Juez celebrando audiencia pública. Doy fe.