

Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Reus
Procedimiento ordinario nº

XAVIER ESTIVILL
Procurador dels Tribunals
13 JUNY 2013
Fina Torrijos
ADVOCAT
<i>(Sociedad)</i>

SENTENCIA N° 145/13

En Reus, a 6 de junio de 2013

Vistos por mí, Dña. Vanesa Álvaro Bernal, Magistrada Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Reus, los autos de juicio ordinario nº sobre reclamación de cantidad, iniciados a instancia del Procurador Sr. Estivill en representación de y asistido por el Letrado Sr. Serrano contra BANESTO, S.A., representada por el Procurador Sr. Franch y asistida por el Letrado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Procurador Sr. Etivill en la indicada representación formuló demanda de juicio ordinario que correspondió por turno a este juzgado contra la demandada que se ha citado, en la que tras alegar los hechos y fundamentos que estimó de aplicación terminó solicitando que se dictara sentencia por la que:

- 1) Se declare la nulidad del contrato sobre operaciones financieras y su Anexo "operación de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable" suscrito el 31 de julio de 2006; subsidiariamente se declare la resolución del contrato por incumplimiento y la responsabilidad del demandado por falta de asesoramiento e información suficiente en la comercialización del referido producto.
- 2) Se condene en ambos casos a la demandada a la devolución de 50.192,78 euros pagados en ejecución de tal contrato más los intereses legales que correspondan desde la demanda y hasta el pago.
- 3) Se condene al pago de las costas.

SEGUNDO. - Admitida a trámite la demanda por decreto de 1 de febrero de 2012, se emplazó a la demandada que compareció en forma a través del marzo de 2012 en el que tras alegar los hechos y fundamentos que estimó de aplicación interesó el dictado de una sentencia por la que se desestime íntegramente la demandada formulada de contrario con expresa imposición de costas.

TERCERO. - Se celebró la audiencia previa, tras intentar la conciliación, no se interpusieron excepciones procesales, fijándose los hechos controvertidos.

Por la parte actora se propuso como pruebas la documental, interrogatorio de parte, pericial y testifical de y . Por la parte demandada se propuso la prueba documental, interrogatorio de parte, pericial de y testifical de y . Los medios probatorios fueron admitidos con el resultado obrante en autos.

CUARTO. - En el acto del juicio, se practicaron todas las pruebas admitidas a excepción

de la testifical de que fue renunciada por ambas partes y el interrogatorio de parte del administrador mancomunado de la actora , y en el mismo acto las partes formularon oralmente sus conclusiones y quedaron las actuaciones conclusas para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales vigentes, a excepción del plazo del dictado de la sentencia dado el elevado volumen de asuntos tramitados en este juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora una acción de nulidad del contrato sobre operaciones financieras y su Anexo "operación de permute financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable" suscrito el 31 de julio de 2006 y subsidiariamente una acción de resolución del contrato por incumplimiento y la responsabilidad del demandado por falta de asesoramiento e información suficiente en la comercialización del referido producto, reclamando la condena a la devolución a la actora del importe pagado en ejecución de tal contrato por la actora de 50.192,78 euros, más los intereses desde la demanda y las costas.

Por su parte la demandada se opone alegando que la actora no se trata de un simple ciudadano medio sino una sociedad donde el administrador tiene experiencia en las relaciones con las entidades bancarias y conocimientos y capacidad suficiente para comprender y valorar el producto antes de suscribirlo; que cumplió debidamente con su deber de información habiendo facilitado a la actora información precontractual , contractual e incluso postcontractual sobre el funcionamiento, características y riesgos del producto, conteniendo los contratos información detallada sobre tales extremos; que la actora estaba informada previamente a la firma mediante reuniones y entrega de documentación informativa de que el producto tenía un vencimiento y de que la cancelación anticipada tenía un coste; que el importe nominal del primer swap está vinculado al endeudamiento sujeto a interés variable de la actora al suscribir el contrato de permute de 6 de octubre de 2003 y el importe nominal del segundo swap está vinculado al endeudamiento sujeto a interés variable de 31 de julio de 2006, es decir que se realizó una cobertura del riesgo de la actora acorde con el que tenía declarado; que la actora además había suscrito entre 2003 y 2006 cuatro operaciones de permute financiera, dos de las cuales habían sido canceladas, por lo que conocían el 31 de julio de 2006 lo que era una permute financiera habiendo recibido liquidaciones y cancelado dos contratos iguales a los que nos ocupan; que la permute de 6 de octubre de 2003 reportó liquidaciones positivas por importe de 568 euros y la de 7 de octubre de 2004 de 378,20 euros y la de 31 de julio de 2006 liquidaciones positivas y neutras hasta el 3 de agosto de 2009 de 1.094,42 euros, y que fue con la bajada del euribor a finales de 2008 que la actora tuvo que hacer frente a liquidaciones negativas, que a su vez quedaban cubiertas por el beneficio que en la financiación obtenía la actora ante dicha bajada del euribor; que el ofrecimiento de este producto por las entidades bancarias se ha impuesto por el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril sobre Medidas de Reforma Económica en su art. 19 y la Ley 36/2003, de 11 de noviembre de Medidas de Reforma Económica art. 19, cuando se trata de operaciones tales como un préstamo hipotecario, en que el cliente tiene suscrito un préstamo con garantía hipotecaria; que la información que disponía la demandada de la entidad actora por la relación de años, conformaba el perfil y experiencia del cliente y a través de estos instrumentos de evaluación, se apreciaba la idoneidad y conveniencia de la adecuación del producto; que nunca se ofreció el producto utilizando la palabra de seguro y que no resulta creíble que se firmara un swap bajo la creencia que era un seguro; que los términos del contrato eran claros; que las expectativas de evolución del Euribor en España era una tendencia

alcista hasta septiembre de 2008 produciéndose un recorte de los tipos y una bajada a partir de noviembre de 2008, que precisamente por las constantes subidas se ofreció el producto en cobertura frente a la previsión de dichas subidas y que las expectativas también para el banco era que no hubiera ningún recorte; que el Banco de España ha considerado el producto como adecuado a las buenas prácticas y usos financieros, no conllevando un quebrantamiento de la normativa sobre transparencia y protección a la clientela; que no es de aplicación la Directiva Mifid 2004/39/CE de 21 de abril de 2004 relativa al Test de idoneidad que entró en vigor después de la firma de los contratos; que no existe error en el consentimiento por lo que no procede la nulidad.

SEGUNDO.- De la prueba documental no impugnada y por tanto con los efectos derivados del art. 326 en relación con el art. 319 LECi, resulta como acreditado lo siguiente: que en fecha 22 de septiembre de 2003 la actora había constituido un préstamo hipotecario por importe de 750.000 euros para llevar a cabo la reforma del

que explota y gestiona la sociedad actora y sobre cuyo inmueble se constituyó la hipoteca (documento nº 3 demanda). Se pactó un vencimiento final del préstamo del 30 de septiembre de 2018 y un tipo nominal anual inicial del 2,75 por ciento hasta el 30 de septiembre de 2004 y luego un tipo variable con referencia al Euribor.

Con ocasión de dicho contrato, el 6 de octubre de 2003, el empleado de la oficina de la entidad donde se formalizó, les ofreció a los integrantes de la sociedad una cobertura ante la eventual subida de los tipos de interés firmando los cuatro integrantes de la sociedad el llamado Contrato sobre Operaciones Financieras en cuyo Anexo se constituye el swap descrito, Permuta financiera de tipos de interés con tipo Fijo Creciente y Convertible a Tipo Variable son Subvención. Dicho contrato tenía una duración de 3 años con vencimiento el 29 de septiembre de 2006 (documento nº 4 demanda). Es una operación financiera con derivados sobre tipos de interés, en la que dos partes acuerdan intercambiarse los flujos de los tipos de interés sobre un importe nocional (en este caso 600.000 euros) y durante un período de duración acordado (hasta su vencimiento el 29 de septiembre de 2006), de modo que el Banco ha de pagar trimestralmente al Cliente las cantidades resultantes de aplicar el euribor a 3 meses, mientras que el Cliente se compromete a pagar al Banco en el mismo período y de forma trimestral, la cantidad resultante de aplicar un tipo fijo del 1,95 % los tres primeros trimestres, del 2,75% los tres siguientes y 3,45% los 6 últimos trimestres, siempre y cuando el tipo de interés variable se sitúe entre los indicados tipos fijos y el 4%; si los tipos de interés variable superaban esa barrera del 4%, entonces el Cliente pagará el tipo de interés variable Euribor a 12 meses pero con una bonificación "subvención" del 0,25%.

En fecha 15 de abril de 2004 la actora solicitó nuevo préstamo hipotecario gravando las viviendas de los socios por importe de otros 200.000 euros con un vencimiento el préstamo el día 30 de abril de 2019 y un tipo de interés nominal anual del 2,663 por ciento hasta el 30 de abril de 2005 y a partir de ahí un tipo variable referenciado al Euribor (documento nº 8 demanda).

El 7 de octubre de 2004 se formalizó otro swap (documento nº 2 contestación a la demanda) que se canceló anticipadamente.

Un poco antes del vencimiento del swap previsto para el 29 de septiembre de 2006, la directora de la sucursal, acudió al de la parte acora junto con el delegado de zona para firmar una "renovación del seguro de tipos de interés", dado que el euribor se les dijo se estaba disparando y para contener esas subidas, y convencidos de tal finalidad, contrataron otro swap, contrato sobre operaciones financieras así como una Permuta financiera de tipos de interés con tipo Fijo Creciente y Convertible a Tipo Variable, el 31 de julio de 2006 subiendo el importe nocional a 720.000 euros y ampliando el período de vigencia de 3 a 5 años, es decir con vencimiento el 1 de agosto de 2011 (documento nº 9 demanda). Operación financiera

con derivados sobre tipos de interés, en la que dos partes acordaron intercambiarse los flujos de los tipos de interés sobre un importe nociional (en este caso 720.000 euros) y durante un periodo de duración acordado de 5 años (hasta su vencimiento el 1 de agosto de 2011), de modo que el Banco ha de pagar semestralmente al Cliente las cantidades resultantes de aplicar el euribor a 6 meses, mientras que el Cliente se compromete a pagar al Banco en el mismo periodo y de forma semestral, la cantidad resultante de aplicar un tipo fijo del 3,25% el primer semestre, del 3,70% el segundo, del 3,95% el tercero y cuarto, del 4,05% los dos siguientes, del 4,15% los dos siguientes y del 4,25% los dos últimos, siempre y cuando el tipo de interés variable se sitúe por debajo de la barrera del 4% los dos primeros semestres, del 4,25% el tercero y cuarto, del 4,35% los dos siguientes y del 4,50% los cuatro últimos, eliminándose cualquier bonificación si los tipos de interés variables se sitúan por encima de las antedichas barreras.

Mediante esos contratos, las partes se comprometen recíprocamente a abonar a la otra parte la diferencia entre las cantidades que resulten de aplicar los tipos de interés pactados en diferentes supuestos. En virtud de dichos contratos, si el tipo de interés Euribor mensual es inferior al tipo fijo así pactado, el cliente debe pagar al banco la diferencia que de ello resulta y si, por el contrario, el tipo de interés Euribor sobrepasa el tipo fijo pactado, el banco debe pagar la diferencia al cliente.

En la cláusula Cuarta del contrato "Riesgos", se puede leer: "Cada parte manifiesta en este acto a la otra que al día de la fecha existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y de hecho se han entendido, los términos, condiciones y riesgos de esta Operación, contenidos tanto en este contrato como en su Anexo, y voluntariamente se aceptan dichos términos y condiciones y se asumen los riesgos inherentes, ya sean de índole financiero o de otro tipo. De manera específica, el Cliente manifiesta expresamente que la operación a que se refiere este contrato se adecua fiel e integralmente a su experiencia inversora y financiera, habiendo decidido el Cliente de forma libre e independiente formalizar esta operación, y declarando no haber basado su decisión en ninguna comunicación verbal o escrita por parte del Banco que signifique una recomendación o asesoramiento financiero o de inversión respecto a esta transacción".

Al final del Anexo (firmado también por las partes) se contiene en letra negrita y bajo el título en mayúsculas "Aviso importante", lo siguiente "Con independencia de lo ya declarado por el Cliente en la Estipulación CUARTA del contrato del que forma parte el presente Anexo, de manera específica manifiesta el Cliente en este acto que es consciente de que:

a) En el supuesto de que bajaran los tipos de interés podría ocurrir que el Tipo Fijo aplicable (1,95%, 2,75% o 3,45%) pagado por el Cliente en algún periodo de cálculo fuera superior al Tipo Variable II (Euribor 3 meses) recibido por el Cliente y por tanto el Cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la Operación.

b) En el supuesto en que se incrementaran los tipos de interés por encima de un cierto nivel (Euribor 12 Meses fijado al final del Período de Cálculo superior al 4%) en algún Período de cálculo el Cliente dejaría de pagar un tipo fijo y pagaría un tipo variable (Euribor 12 Meses fijado al final del Período de Cálculo menos 0,25%) y por tanto el Cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado una permuta de tipos de interés estandard.

c) En el supuesto en que el Cliente acabara pagando un importe variable (Euribor 12 Meses fijado al final del Período de Cálculo menos 0,25%) en algún Período de cálculo, podría ocurrir que este fuera superior al tipo variable recibido por el Cliente (Euribor 3 meses) y por tanto el Cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la Operación

El contrato objeto de autos se trata de un contrato consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y determinada, atípico, y aleatorio (vid art. 1790 del C. Civil),

que genera derechos y obligaciones para ambas partes. En absoluto es un contrato de seguro, ya que es simplemente una apuesta sobre un valor cambiante, que protegerá al cliente del riesgo de subida de tipos de interés sólo si las variables contratadas le benefician en ese escenario.

Procede recordar que, entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1261 del Código Civil, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1262 del mismo Código, y que será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Como señala la S. de la A.P. de Pontevedra de 7 de abril de 2010, refiriéndose a la S. del Juzgado de Primera Instancia num. 6 de Gijón de 21.1.2010 : "La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros."

En este sentido y como expone la sentencia de la AP de Lugo de fecha 18-10-11; "Sobre el contrato de permute financiera (swap) ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala en diferentes ocasiones -SS. 505/2010; 81, 247, 299, 376, 400 y 436/2011- consolidándose el criterio de que se trata de un instrumento financiero complejo, que jurídicamente participa de la naturaleza de los contratos de adhesión, por su creación y redacción a cargo exclusivo del banco, altamente aleatorio, en la medida en que su desarrollo depende de factores variables de difícil comprensión y cálculo para un profano y sobre cuyos riesgos el cliente no profesional (minorista) ha de haber tenido a tiempo pleno conocimiento de causa, dada la obligación de información que pesa sobre las entidades financieras prestatarias -arts. 2, 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), en su actual redacción y, concordantes del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero- que, en su prueba, incumbe a las mismas cuando se niega de adverso el asesoramiento a que vienen obligadas, y cuyo incumplimiento, en su caso, permite acoger el argumento de que el desconocimiento por el cliente de lo que firma, esto es, el error en el consentimiento así prestado vicia de nulidad el contrato por recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del mismo-arts. 1265 y 1266 del CC- con el efecto-art. 1303 del CC- de la recíproca restitución de las prestaciones entre las partes.

En el caso que nos ocupa, es precisamente esta alegada falta de información por parte de la demandada, la que determina el desconocimiento de la entidad actora de lo que realmente estaba contratando, la base del error en el consentimiento sobre la que acciona el demandante. De acuerdo con lo anterior es necesario analizar si la entidad financiera demandada cumplió con las obligaciones de información al cliente que le

impone la legislación vigente.

TERCERO.- Sostiene la parte actora que con ocasión del contrato de préstamo hipotecario, el 6 de octubre de 2003, el empleado de la oficina de la entidad donde se formalizó, les ofreció a los integrantes de la sociedad una cobertura ante la eventual subida de los tipos de interés, sin que les entregaran copia de las condiciones del contrato ni folleto explicativo, sino que se les indicó que dado que los tipos de interés estaban en constante subida, debían asegurarse un tipo fijo, dándoles a entender el comercial que con dicho instrumento se permitía pasar de un tipo variable a un tipo fijo. La propia demandada reconoce que fue la anterior directora de la oficina de Banco Santander, quien ofreció a los Sres.

y el contrato de permuta financiera. Sostiene que la intención de la actora era protegerse frente a las subidas de los tipos de interés variables, pero no arriesgarse ni especular ni exponerse a la posibilidad de soportar importantes pérdidas, no habiendo recibido la información de Banesto de los riesgos que comportaba una bajada de los tipos de interés. No obstante la ejecución y desarrollo del contrato supuso las siguientes liquidaciones: el 1 de febrero de 2007 la actora cobró 294,40 euros, el 1 de agosto de 2007 cobró 800,02 euros, fue neutra el 1 de febrero, 1 de agosto de 2008 y 1 de febrero de 2009, a partir del 1 de agosto de 2009 se inician las liquidaciones negativas, 6.755,84 euros, el 1 de febrero de 2010 de 10.923,64 euros, el 1 de agosto de 2010 de 11.589,76 euros, el 1 de febrero de 2011 de 11.364,30 euros y el 1 de agosto de 2011 de 10.653,66 euros, es decir que el total pagado por la actora suma 50.192,78 euros cuya devolución reclama (documentos nº 13-22 demanda).

Expuesto lo anterior, y para el análisis de la cuestión planteada debe sentarse una premisa y es que, la entidad actora a los efectos de la legislación aplicable, pues otra cosa no se ha acreditado, debe calificarse como cliente minorista, y partiendo de ello debe proceder a examinarse si la demandada cumplió o no con las obligaciones que en la Ley de Mercado de Valores se establecen antes de contratar un producto financiero como el que ahora nos ocupa.

Y es que, en efecto, y siguiendo los razonamientos de la sentencia de la AP de Girona de fecha 1 de septiembre de 2011, que en un supuesto relativo a un contrato como el que ahora nos ocupa expresaba: "A la vista del contenido de los contratos suscritos estarían sometidos a la regulación de dicha legislación especial, la cual, como hemos dicho, 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 ante de contratar con sus clientes un producto financiero, pues como 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 / CE 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 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 demandante no era un cliente profesional, pues no concurre ninguno de los supuestos para catalogarla 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 los argumentos de la parte recurrente, resulta indiferente, a parte de no acreditarse, que el representante de la actora fuera o no administrador de múltiples sociedades o que la sociedad actora se dedique a múltiples actividades inmobiliarias (que no consta), pues ello no necesariamente les convierte en conocedores del funcionamiento de productos de inversión complejos, aleatorios y especulativos, sino que simplemente, el primero, en el caso de ser cierto, será un empresario competente en cuanto al objeto de las empresas que administra, pero no necesariamente tiene que conocer y comprender el funcionamiento de un producto financiero y menos aun si es complejo y, en cuanto a los segundo, simplemente se trata de una empresa dedica a la promoción inmobiliaria, que nada tiene que ver con productos de inversión de tal naturaleza. Y es que el propio artículo prevé la renuncia a la información por parte del cliente en determinados casos concretos y tasados, que desde luego no se acreditan en el presente. Por lo tanto, la demandante era a todos los efectos cliente minorista y la entidad financiera debía tratarla como tal y cumplir con todos los requisitos legales, si quería que la prestación de su consentimiento en la suscripción del producto de inversión fuera válido."

Trasladando tales argumentos al supuesto que ahora se enjuicia, claro es que no concurren tampoco ninguno de los requisitos para que la entidad actora pueda ser considerada cliente profesional, y que el producto financiero era ajeno a la actividad del demandante, de modo que por la condición de minorista de la actora, era y es exigible una mayor protección que frente al cliente profesional, sin que por la demandada, ya se anticipa, se haya acreditado, pues a ella correspondía, que proporcionó una información ajustada y proporcionada a las condiciones del demandante.

CUARTO.- El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores (L.M.V.) al venir considerada por el Banco de España y la Comisión del Mercado de Valores incursa la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

El art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que

pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3).

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis num. 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Actualmente, como se ha dicho, el deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios se regula por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su arts. 78 y s.s., y por los arts. 60 y s.s. 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. Todas estas normas son el resultado de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) - Directiva 2004/39 de 21 de abril de 2004, Directiva 2006/73 de 10 de agosto de 2006 y Reglamento 1287/2006 de 10 de agosto de 2006, y este último, por el que se aplica la Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, es aplicable directamente, aunque la legislación europea no hubiera sido traspuesta al ordenamiento jurídico español en el momento de suscribirse el contrato cuya nulidad se predica.

A pesar de lo anterior, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V.

Cabe destacar la sentencia de la AP de Pontevedra de 7 de abril de 2010 que ya indicaba que, "en relación a la oportuna información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero de la índole del litigioso, de las Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, de fechas 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009, cabe extraer, entre otras, las

siguientes consideraciones:

1T.- El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuto financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.

2T.- Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

3T.- 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.

4T.- Entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en 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 éste 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.

5T.- 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 cantías 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 permuto, 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 permuto financiera."

QUINTO.- Es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichosa sino que obedece a una previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. Cabe preguntarse entonces si la entidad financiera cumplió con las obligaciones de información que se especifican en la normativa referida.

En este caso la información que se proporcionó al cliente se resume al final del Anexo (firmado también por las partes) en letra negrita y bajo el título en mayúsculas "Aviso importante": "Con independencia de lo ya declarado por el Cliente en la Estipulación CUARTA del contrato del que forma parte el presente Anexo, de manera específica manifiesta el Cliente en este acto que es consciente de que:

d) En el supuesto de que bajaran los tipos de interés podría ocurrir que el Tipo Fijo aplicable (1,95%, 2,75% o 3,45%) pagado por el Cliente en algún periodo de cálculo fuera superior al Tipo Variable II (Euribor 3 meses) recibido por el Cliente y por tanto el Cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la Operación.

e) En el supuesto en que se incrementaran los tipos de interés por encima de un cierto nivel (Euribor 12 Meses fijado al final del Período de Cálculo superior al 4%) en algún Período de cálculo el Cliente dejaría de pagar un tipo fijo y pagaría un tipo variable (Euribor 12 Meses fijado al final del Período de Cálculo menos 0,25%) y por tanto el Cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho período comparado con la alternativa de no haber contratado una permuta de tipos de interés estandard.

f) En el supuesto en que el Cliente acabara pagando un importe variable (Euribor 12 Meses fijado al final del Período de Cálculo menos 0,25%) en algún Período de cálculo, podría ocurrir que este fuera superior al tipo variable recibido por el Cliente (Euribor 3 meses) y por tanto el Cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho período comparado con la alternativa de no haber contratado la Operación. Esto es, que como se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial, en dicho documento el cliente asume que en determinado escenario (bajada de los tipos de interés) puede tener costes financieros superiores a los que hubiera tenido de no suscribir el contrato, y declara asumir los riesgos derivados del contrato. En realidad al cliente se le informa sobre lo obvio, advertencias éstas insuficientes.

Además teniendo en cuenta que se trata de un contrato complejo, la jurisprudencia de las Audiencias de modo reiterado empleando diversas expresiones atude a dicha complejidad, que además esta juzgadora ha podido comprobar personalmente leyendo el contrato, como señalan, "salta a la vista, con solo leer el clausurado del mismo", entre otras muchas, SAP León (secc. 2º) 10-12-2012, SAP Barcelona (secc. 11º) 15-11-2012; SAP Baleares (secc. 3º) 17-10-2012; SAP Baleares (secc. 3º) 10-10-2012; SAP Barcelona (secc. 14º) 1-10-2012; SAP Jaén (secc. 3º) 28-9-2012; SAP Pontevedra (secc. 3º) 19-9-2012. De hecho la misma definición del IRS "refleja la complejidad del instrumento financiero", que "solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero, o en su caso, previa las oportunas y comprensibles explicaciones"; SAP Salamanca (secc. 1º) 2-3-2012, señalando que el contrato es "dificilmente inteligible por el cliente de una entidad bancaria, salvo que se trate de un experto en la materia y con capacidad de ir preguntando qué son los flujos de caja, los factores de descuento, las cotizaciones de mercado, etc.."; SAP Ourense (secc. 1º) 28-2-2012, señalando que el SWAP debe calificarse como "contrato como complejo, para quien carezca de determinados conocimientos financieros"; o, en fin, SAP Mérida (secc. 3º) 26-1-2012 (ídem: SAP Mérida (secc. 3º) 23-2-2012), sosteniendo que "constituye un producto financiero complejo de modo que para su comprensión y correcta valoración, en cuanto a su adecuación a los objetivos de cobertura del cliente, se requiere según el Servicio de Reclamaciones del Banco de España una formación financiera claramente superior a la clientela bancaria en general" (similar: SAP Palencia (secc. 1º) 9-2-2012).

Complejidad contractual que, además, se ve expresamente refrendada por lo dispuesto en el actual art. 79bis.8.a) i.f. de la Ley del Mercado de Valores (fruto de la reforma llevada a cabo en el 2007 por la Ley 47/2007 para incorporar la Directiva 2004/39/CE) donde se califica a las "permutas financieras" (y a los demás "derivados financieros") como "productos complejos" por contraposición con los "productos no complejos" (p.e.: acciones, obligaciones que no incorporen derivados implícitos, etc.). En este sentido la SAP León (secc. 1º) 1-3-2012 (seguida por otras como la SAP Soria (secc. 1º) 9-10-2012 o la SAP Burgos (secc. 2º) 31-7-2012) nos advierte que "para determinar si un contrato es o no es complejo lo más indicado no son ni los informes periciales ni las valoraciones de los tribunales, sino las propias previsiones legales" añadiendo, a continuación, que si bien dicho precepto "se introdujo con posterioridad al contrato suscrito (...) no lo invocamos porque resulte aplicable sino porque es una calificación legal que nos orienta en un sentido muy claro y preciso: si esos contratos se calificaban como complejos el día 21 de diciembre de 2007 (cuando entró en vigor la reforma que

introdujo dicho precepto) carece de lógica pensar que no lo eran el día 24 de julio de 2007 (fecha del contrato)". Razonamiento que se nos muestra del todo acertado sobre todo cuando se advierte la necesidad de una interpretación conforme de la Directiva MIFID desde la fecha de entrada en vigor de una Directiva, así, la STJCE 4-7-2006, Adelener [C-212/04] (señalando que "a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta" [apartado 123]) o, entre las últimas, STJ 14-1-2010, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs [C-304/08] (indicando que "según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta" y las sentencias allí citadas [apartado 29]).

Entrando en el caso concreto el legal representante de la parte demandada, la que fuera directora de la oficina de Banesto que ofreció dicho producto a la parte actora,

, manifestó en su interrogatorio que en la reunión de 2003, acudió con el director de zona para ofrecerle a la actora el producto swap, siendo la primera ocasión en que ella ofertaba dicho tipo de producto, y que no les decían a los clientes que iban a subir los tipos, si que las expectativas y el mercado parecía que iban a subir, y que el préstamo que tenían era de tipo variable y estaba expuesto al riesgo de subidas; reconoció que no se negocian con el cliente ni los tipos fijos ni los tipos barrera, sino que el producto venía predeterminado desde Madrid, y que no sabía porqué en 2004 los tipos barreras son más bajos que en las de 2003, y que se les informó que se les estaba cambiando los tipos de referencia y los tipos barrera anteriormente concertados, y que entendían lo que significaba y los riesgos que asumían con las modificaciones. Dijo que las explicaciones al cliente del producto fueron por escrito y que si bien no les enseñaron las curvas de tipos o expectativas sobre la evolución futura de los tipos, sí se lo explicaron, que habían contratado un tipo de interés variables sujeto a la posibilidad de subida o bajada, y que si se les explicó que no tenían límite o tipo barrera si bajaban los tipos de interés y si sin embargo si subían. Dijo que también antes de firmar cualquier producto se hablaba con el asesor de la actora, , que a veces también asistía a las reuniones y quien vio bien el producto. Negó que la actora tuviera un contrato de asesoramiento con Banesto.

Sin embargo la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface a o no su interés. No puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco si la posee, así declaró el Sr. , uno de los administradores mancomunados de la entidad actora, que firmaron el contrato porque confiaban en que si la Sra. se lo ofrecía y les decía que estaba bien para ellos porque les beneficiaría y que no tendrían que pagar nada, que no les informó de que si los tipos bajaban tendrían que pagar, y que de hecho le preguntaron si había algo que les repercutiría negativamente y dijo que no, que todo era positivo, que no existía ningún perjuicio, y que así entendieron las liquidaciones de 200 euros que les llegaron, añadiendo que renovaron el contrato por la buena relación que había, que "se tenía la confianza de que había que renovar y punto", no vieron que fuera un producto peligroso.

En igual sentido depusieron los testigos, esposas de los administradores de la sociedad y que estaban presentes al momento del ofrecimiento y firma de los contratos, , quien declaró que cuando acudieron a la fonda les ofrecieron ese

producto porque dijeron que les convenía para no pagar más si subían los tipos de interés, para cubrirse, que era como un tipo fijo y que no explicaron en ningún momento que si bajaban los tipos tendrían que pagar por el swap porque también pagarían menos de hipoteca; la Sra.

dijo que se les explicó que era una

especie de seguro para la hipoteca para asegurar la cuota hipotecaria que pagaban, que la Sra.

dijo que era un producto que les convenía para asegurarse las

espaldas, y que se les recomendó explícitamente; que no les explicó qué pasaba si bajaban los tipos, que de hecho sólo les decían que iban a subir los tipos, enseñándoles una gráfica de la evolución futura de los tipos de interés, que era ascendente; que el contrato era difícil de entender y que se fiaban de lo que la Sra.

les decía. El

testigo es quien llevaba la contabilidad e impuestos de la entidad actora, pero no era asesor financiero ni bancario, no teniendo titulación alguna al respecto, siendo auxiliar administrativo en ese momento, y que de hecho no sabía en su momento lo que era un swap. Estaba presente cuando la Sra. y otro representante del banco acudió a la fonda de la actora a ofrecerles un producto, y afirmó en el juicio que aquél señor les dijo que era un producto muy beneficioso y que tal y como estaba subiendo el tema de la hipoteca sería ventajoso cogerlo, ya que los tipos estaban subiendo, que quedaría un tipo fijo y que si subía la hipoteca era como un seguro sin coste, cubriendo la variación del tipo fijo, pero que no explicaron que les perjudicaría si bajaban los tipos, que de hecho no explicaron dicha situación. Afirmó que de hecho por los actores se dijo que no se quería el producto si les iba a perjudicar, que de saberlo no lo hubieran contratado, que trajeron una gráfica, y que se firmó allí mismo, que no dejaron el contrato para leer y luego firmar otro día, que la documentación la iba leyendo aquél señor.

Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b).

Es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en el segundo semestre del año 2006 el euribor sufrió una fluctuación al alza, pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y si hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente". En esta misma línea razona la S. de la A.P. de Pontevedra de 7 de abril de 2010, al señalar que: "Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la poste convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión."

En modo alguno la demandada ha acreditado eficazmente que advirtiera debidamente de la posibilidad de liquidaciones negativas, o de que dibujara el escenario acerca del

coste de la cancelación del producto, de ello nada se informó. Del interrogatorio de la directora de la sucursal en la época de la contratación, se infiere, que el escenario negativo, tampoco se habría llegado a exponer, cuando las afirmaciones efectuadas de que había explicado el riesgo de las bajadas de los tipos de interés al legal representante de la actora, quedaban automáticamente compensadas, pero que ello había que ponerse en el contexto de entonces, en que la tendencia del interés era la de seguir subiendo como se le dijo. Luego, en buena lógica cabe deducir, que tal información, la de la bajada del tipo de interés, de existir, se ofreció como si de un escenario bastante improbable se tratara, y desde luego, sin tan siquiera plantear las consecuencias de una bajada importante del tipo de interés como ocurrió. Lo mismo sucede con el coste de cancelación del producto, aspecto respecto del que no parece que se tratara siquiera, sino cuando se recibieron las liquidaciones negativas y se pidió información por los integrantes de la actora sobre la cancelación del producto, donde les dijeron que no se conocía el coste, lo que también confirmaron los del banco y el perito Sr. , que no podía conocerse el importe concreto hasta el día en que tuviera lugar la cancelación al depender del tipo aplicable ese día. Es decir, otro elemento integrador de dicha falta de información adecuada facilitada para contratar.

SEXTO.- En este caso no se hizo valoración alguna de la idoneidad del cliente conforme exige el art. 79 bis 5 de la Ley de Mercado de Valores, ni tampoco se hizo test de conveniencia, tal y como exige el art. 79 bis 7 de dicha norma, según sostiene la parte demandada porque no era aplicable dicha norma. En efecto, en virtud de la Disposición Final Sexta de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, ésta entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el 20 de diciembre de 2007, es decir el día 21 de diciembre de 2007 y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera en cuanto al plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de dicha Ley para la adaptación de las entidades que presten servicios de inversión de sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo, es decir en lo que aquí interesa, de lo contenido en el art. 79.bis.7 ("Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado"), lo que se conoce como el test MIFID, vencería el 21 de junio de 2008, por lo que no sería aplicable al contrato de autos que se firmó el 31 de julio de 2006.

No obstante conviene recordar que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que modificó los artículos 1 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 y el capítulo I del Título VII que fija las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, se dictó 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/CE 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. Si bien como se ha dicho no se había producido a los efectos que nos ocupan la entrada en vigor de dichos aspectos, y por tanto, el marco legal se encontraba en la propia Ley de Mercado de Valores y en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, cuya finalidad era desarrollar varios preceptos de la misma, entre ellos, el artículo 78.

Entrando en el análisis del derecho vigente en el momento de suscripción de los contratos, nos encontramos que el artículo 2 de dicho Real Decreto establecía que "Todas las personas o entidades a que se refiere el artículo 1 del presente Real Decreto deberán cumplir las reglas generales contenidas en el anexo, atendiendo en todo caso al interés de los inversores y al buen funcionamiento y transparencia de los mercados". Y en el artículo 2 se exige que "Las entidades deben actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizando las mismas según las estrictas instrucciones de sus clientes, o, en su defecto, en los mejores términos y teniendo siempre en cuenta los reglamentos y los usos propios de cada mercado". En el artículo 4, relativo a la información sobre la clientela, se establece que "1. Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer". Es decir que ya se recogía dicha previsión que en este caso no consta acreditado se produjera.

Además de que sin perjuicio de lo anterior, la propia Directiva 2004/39/CE ya era de aplicación directa a la fecha del contrato debiendo interpretarse la normativa nacional a la luz de los principios de ésta, así, en su art. 19 donde se establecen las Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes, destacan sus apartados 4 y 5: "4. Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan"; "5. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente. En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado".

Por tanto es claro que el Real Decreto citado puede ser aplicado e interpretado de acuerdo con la Directiva 2004/39/CE más precisa en la regulación de dichos dos principios, pues en definitiva, ambas obligaciones ya la instauraba dicho Real Decreto. Por ello, las entidades que presten servicios de inversión deben asegurarse, teniendo en cuenta la lealtad con la que debe actuar el banco con su cliente, encaminado a ofrecerle productos financieros o de inversión que se adecuen a sus necesidades, de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, por ello, cuando se presten servicios de inversión o se contraten productos financieros, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, 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 sean adecuados para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o

producto previsto es adecuado para él.

Es decir que, en primer lugar, es exigible 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 se hubiera llevado a cabo por la entidad bancaria demandada dichas obligaciones limitándose a ofrecerle un producto financiero complejo y aleatorio. Y es que la entidad bancaria en este caso, debía informar de todos los productos existentes y que de acuerdo con el test de conveniencia e idoneidad la entidad le debe ofrecer aquel producto que más se ajustase a la naturaleza del cliente y a los intereses de éste, sin que ello tenga porque suponer sólo beneficios para el mismo, pues es claro que en todo producto el banco obtiene sus beneficios, sino que es obligación de este y a la vista de las características del cliente ofrecerle el producto que más se ajuste a sus intereses y no a los intereses del banco.

Y en segundo lugar existe en toda esta normativa otro principio fundamental, el relativo a la debida información del producto que se acomode a tales necesidades.

Conviene añadir en este punto lo razonado por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 4^a, de 30 de mayo de 2013 , relativo al análisis de la Directiva referida 2004/39. Según resulta de la sistemática del artículo 19 de la Directiva 2004/39, la prestación de un servicio de inversión –tal como se define en el artículo 4, apartado 1, punto 2, de esta Directiva– a un cliente o a un posible cliente conlleva, en principio, la obligación de la empresa de inversión de llevar a cabo la evaluación establecida o bien en el apartado 4 o bien en el apartado 5 del mencionado artículo 19, según se trate de asesoramiento en materia de inversión, de servicios de gestión de cartera o de otros servicios de inversión relacionados en el anexo I, sección A, de dicha Directiva. En los artículos 35 a 37 de la Directiva 2006/73 estas evaluaciones se denominan, respectivamente, evaluaciones de la idoneidad y de la conveniencia del servicio que ha de prestarse. No obstante, el artículo 19 de la Directiva 2004/39 prevé dos situaciones de excepción. La primera situación de excepción se encuentra en el artículo 19, apartado 6, de la Directiva 2004/39. En virtud de dicho precepto, no se impone evaluación alguna para la prestación, en ciertas circunstancias, de determinados servicios de inversión referentes a los instrumentos financieros no complejos. Sin embargo, los contratos de permuta relacionados con los tipos de interés, como los controvertidos en el litigio, figuran en el anexo I, sección C, punto 4, de dicha Directiva, lo que excluye, de conformidad con el artículo 38 de la Directiva 2006/73, que tengan la consideración de no complejos. De ello se desprende que el artículo 19, apartado 6, de la Directiva 2004/39 no es aplicable a los hechos que nos ocupan.

La segunda situación de excepción al sistema de evaluaciones que dicho artículo prevé para la prestación de servicios de inversión por parte de las empresas de inversiones (que pretenden garantizar la protección de los inversores, protección que, como se indica en los considerandos 2 y 31 de la misma Directiva, es uno de los objetivos de ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de marzo de 2012, Nilaş y otros, C-248/11, Rec. p. I-0000, apartado 48).) es la contemplada en el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, con arreglo al cual se ofrece «un servicio de inversión como parte de un producto financiero», es decir que precisa que el servicio de inversión «se ofrezca» como parte de un producto financiero. De modo que debe considerarse que un servicio de inversión sólo se propone como parte intrínseca de un producto financiero, a efectos de lo dispuesto en el artículo 19, artículo 9, de la Directiva 2004/39, cuando forma parte de ese producto financiero en el momento en que éste se ofrece al cliente. Para valorar tal extremo debe destacarse que el hecho de que la duración del instrumento financiero al que se refiere dicho servicio sobrepase la del citado producto, de que un instrumento financiero único se aplique a distintos productos financieros ofrecidos al mismo cliente o de que el instrumento y el producto se ofrezcan en contratos diferentes son indicios de que ese mismo servicio no forma parte intrínseca del producto financiero en cuestión.

Por tanto el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el

sentido de que, por una parte, un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19.

Debe concluirse que cuando una empresa de inversión presta asesoramiento en materia de inversión a un cliente, dicha empresa debe llevar a cabo la evaluación prevista en el artículo 19, apartado 4, de dicha Directiva. Con arreglo al artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39, el asesoramiento en materia de inversión consiste en la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a los instrumentos financieros. El concepto de «recomendaciones personalizadas» que figura en ese precepto se precisa en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, con arreglo al cual, concretamente, se entenderá que una recomendación es «personalizada» si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales. No forman parte de este concepto las recomendaciones divulgadas exclusivamente a través de canales de distribución o destinadas al público. Se desprende de los preceptos citados en los dos apartados anteriores que la cuestión de si un servicio de inversión es un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente.

Es decir que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público.

SÉPTIMO.- Al hilo de lo anterior y de la afirmación contenida en la contestación a la demanda sobre la obligación legal de informar de los instrumentos de cobertura del riesgo, debe también significarse que como advierte la sentencia de la AP de Girona de fecha 1 de septiembre de 2011, "Se argumenta que la contratación de tal producto viene impuesto por el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre , en el que se impone a las entidades crediticias la obligación de información a sus deudores hipotecarios de la existencia de instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés. Y al respecto hay que decir, que sin entrar por el momento a analizar si realmente el producto contratado, es un instrumento de cobertura del riesgo de interés, lo que dice tal precepto es que se informará de todos los productos existentes y que de acuerdo con el test de conveniencia e idoneidad la entidad le debe ofrecer aquel producto que más se ajuste a la naturaleza del cliente y a los intereses de éste, sin que ello tenga porque suponer sólo beneficios para el mismo, pues es claro que en todo producto el banco obtiene sus beneficios, sino que es obligación de este y a la vista de la características del cliente ofrecerle el producto que más se ajuste a sus intereses y no a los intereses del banco, que como veremos era esta la intención de la recurrente.".

Claro es que el producto de autos no era el más conveniente para la actora, sin que tampoco en nuestro caso, como en el examinado por la sentencia que se acaba de citar, haya la demandada "justificado en absoluto que tal producto fuera el más beneficioso de todos los existentes, ni siquiera acredita otros productos y

habérselos ofrecido para garantizar las fluctuaciones de los intereses. Y que no se diga que le ofreció tal producto en virtud de una obligación legal, pues si así fuera lo que debería haberle ofrecido son todos los productos y en concreto el que mejor garantizase los intereses del cliente y no un producto complejo y altamente aleatorio, con unas condiciones muy discutibles, sobre la cancelación del contrato y el límite establecido para la entidad financiera, sobre las cuales no vamos a entrar a no ser relevantes para resolver el recurso".

Continuando con el razonamiento anterior, en aras a determinar el contenido de la información facilitada por la parte demandada al momento de formalizar el contrato, cabe destacar la información contenida en el documento nº 5 de la demanda, no impugnado, consistente en una impresión de la página web del banco demandado (www.comercioexterior.banesto.es), donde en el apartado de Cobertura de riesgos de Tipos de Interés, se puede leer lo siguiente: "Olvidese de la incertidumbre sobre las oscilaciones de tipos de interés y asegure sus costes mediante la contratación de productos derivados. (...) Ejemplo de productos. IRS/SWAP. De una manera sintética podemos pasar sus pólizas/préstamos referenciados a tipos variables, a un tipo fijo, y así poder asegurarse los costes máximos de su financiación para los próximos años. Incluso el tipo fijo puede ser escalonado, para así adaptarlo a las expectativas del mercado. En todo momento se sabe el coste máximo de su financiación". Además se explica también entre las opciones de Tipo de Interés, el CAP "por el pago de prima se pueden asegurar precios máximos del euribor sin renunciar a las bajadas del mismo. El pago de la prima, habitualmente es valor 2 días. En este caso si hubiera liquidaciones siempre son a favor del cliente", o el COLLAR (TUNEL) "También hay combinaciones de opciones que le permiten el ahorro del pago de la prima, pero en este caso estaría limitado el posible beneficio ante una bajada de tipos de interés. Con este producto el cliente establece un rango del euribor (techo: cobertura ante las subidas de tipos y suelo: limitación sobre la bajada de los tipos)". Es decir que existían otros productos quizás más adecuados a las intenciones que pretendía salvaguardar la parte actora, como podía ser el CAP, otra modalidad de cobertura frente a la subida del tipo de interés es el establecimiento de límites máximos de incremento que se vehiculan a través de opciones "cap" sobre tipos de interés. Mediante estas opciones el cliente, pagando una cantidad (denominada prima), obtiene durante el periodo pactado la seguridad de que el tipo que se le aplicará a las cuotas de su crédito indexado a un tipo variable (p.e.: Euribor 1 año) no será superior a cierto límite. En otras palabras, el cliente conoce de antemano qué incremento del índice de referencia empleado (en el ejemplo: Euribor 1 año) sólo se le aplicará hasta ese tipo máximo prefijado (cap) sin que, sin embargo, tenga que renunciar a los beneficios que deriven de un descenso del mismo. Al respecto la SAP Oviedo (secc. 4º) 30-1-2012, donde se afirma que "el que el Banco esté obligado a ofrecer un producto de cobertura de los tipos de interés no significa que tal producto deba ser precisamente uno de esta naturaleza", refiriéndose a los IRS; o la SAP Madrid (secc. 14º) 12-11-2012, en la que se considera que "no cabe justificar la contratación del swap con base en el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica (...) porque se ha desvirtuado el mandato legal en la medida en que se trata de un producto especulativo y de riesgo porque el cliente va a apostar contra el Banco".

OCTAVO.- Así pues, no puede considerarse que la demandada cumplimentase las obligaciones de información que como entidad financiera tenía frente a su cliente. Y si esto es así, se dan a juicio de esta juzgadora las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26-6-2000: "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una

diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994), y 11 mayo 1998)). Según la doctrina del Tribunal Supremo la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. 4 enero 1982) y 28 septiembre 1996))."

En consecuencia debemos concluir que si no se facilitó a la actora la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y no pudiendo presumirse que la demandante tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable. No llenaba el producto ofrecido por la entidad demandada, las aspiraciones que se suponen ciertas, y por no haber sido desvirtuados, con prueba de contrario, de conseguir una mayor estabilidad de la deuda, protegiéndose de las fluctuaciones de los intereses existentes en las pólizas que la entidad actora tenía suscritas. Es decir lo que supondría la nulidad del contrato por haber ocurrido un error a la hora de prestación del consentimiento fundado en dicho defecto de información (ex art. 1265 del Código Civil).

Y al mismo tiempo atendiendo a la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo que "contempla los supuestos de infracción directa de una norma administrativa y ha reiterado que, siendo norma imperativa o prohibitiva, (...su infracción...) acarrea sanción de nulidad que contempla el artículo 6.3 del Código civil" (STS 7 de octubre de 2011 (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz), y puesto en conexión con el apunte efectuado por dicho alto tribunal en su reciente sentencia al respecto de la materia que nos ocupa STS de fecha 21 de noviembre de 2012 (ponente José Ramón Ferrández) en su fundamento jurídico segundo, donde pese a revocar la de la Audiencia y por tanto su declaración de nulidad del contrato, parece dar a entender que otra posible resolución hubiera podido recaer si la declaración de nulidad se hubiera fundamentado en la supuesta infracción de normas imperativas relativas a la información que debía proporcionar la entidad de crédito a su cliente, y también teniendo en cuenta lo expuesto en cuanto a la STJUE de 30 de mayo de 2013 como otro incumplimiento que imputar a la entidad demandada que se estima es constitutivo de nulidad, por no haber satisfecho las exigencias de evaluación establecidas en el art. 19, apartados 4 y 5 de la Directiva 2004/39.

En atención a todo ello y al concurrir la aplicación del artículo 1.265 del Código Civil, cuando dice que es nulo el consentimiento prestado por error, y en todo caso habida cuenta que se ha producido una infracción de las normas imperativas expuestas relativas a la información que debe proporcionar la entidad de crédito a su cliente, es procedente declarar la nulidad del contrato de swap suscrito por la parte actora el 31 de julio de 2006 y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades correspondientes a los pagos efectuados reciprocamente por la vigencia del contrato hasta la fecha de la notificación de la presente, es decir 50.192,78 euros resultantes de deducir de las liquidaciones negativas que pagó la actora las positivas que se le abonaron por el Banco, más los intereses legales desde la interpellación judicial. Y de conformidad con el art. 576 LECi, devengará dicha cantidad desde sentencia un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

NOVENO.- En cuanto a las costas al tratarse de una estimación íntegra de las pretensiones de la parte actora, en aplicación del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer su pago a la parte demandada.

Vistos los artículos legales citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

ESTIMAR la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Estivill en representación de contra BANESTO, S.A. y en consecuencia, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de pleno derecho del Contrato Sobre Operaciones Financieras y su Anexo denominado Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés con Tipo Fijo Creciente y Convertible a Tipo Variable de fecha de 31 de julio de 2006 suscrito por la actora con la entidad demandada, y por ello DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a la restitución a la actora de CINCUENTA MIL CIENTO NOVENTA Y DOS EUROS Y SETENTA Y OCHO CÉNTIMOS (50.192,78 euros), más los intereses legales desde la interpellación judicial y los del art. 576 LECi desde sentencia, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que en su caso deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los 20 días siguientes al en que se notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia ha sido leída, dada y publicada por la Juez que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.