

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE
BARCELONA**

SECCION Decimotercera
ROLLO N°
PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM.
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 30 BARCELONA

SENTENCIA Núm. 431/2013

Ilmos. Sres.
D. JOAN CREMADES MORANT
Dª. ISABEL CARRIEDO MOMPIN
Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE
D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

En la ciudad de Barcelona, a 12 de julio de 2013.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario,

número seguidos por el Juzgado Primera Instancia 30
Barcelona, a instancia de

, contra CAIXA D'ESTALVIS DE
CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA (hoy CATALUNYA BANC,
S.A.), los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso
de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada
en los mismos el dia 30 de marzo de 2012 por el/la Juez del expresado
Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada , es del tenor
literal siguiente:

"**FALLO:** Desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr.
Toll Musteros, en representación de la entidad “

”,
ABSUELVO a la entidad "CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA" (hoy,
"CATALUNYA BANC, S.A.") de los pedimentos efectuados en su
contra.

Todo ello con imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuse recurso de
apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose
traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma ; elevándose las
actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el dia 10 de julio de 2013 .

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido
las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Isabel Carriedo
Mompin.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad actora,

, interpuso demanda contra la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA y MANRESA (hoy CATALUNYA BANC S.A.) solicitando la nulidad por error en el consentimiento del contrato marco de operaciones financieras de fecha 23 de noviembre de 2004 y de las confirmaciones opción CAP BARRERA KNOCK-OUT y opción FLOOR de la misma fecha, INTEREST RATE SWAP de fecha 14 de diciembre de 2006 y COLLAR DESACTIVABLE de fecha 11 de abril de 2008, suscritos a iniciativa de la entidad demandada y en la consideración de que se trataban de productos que cubrían los tipos de interés. La sentencia de primera instancia de fecha 30 de marzo de 2012 desestimó la demanda y frente a dicha resolución se alza la entidad actora, a medio del recurso que ahora se conoce, aduciendo error en la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Para precisar el alcance de la información que deben proporcionar las entidades de crédito en este tipo de operaciones, es necesario analizar cómo ha evolucionado el marco normativo aplicable. La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su redacción inicial, tras declarar en su artículo 2.b) incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no, ya establecía en el artículo 78.1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía, y en el artículo 79.1, apartados a), c) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de sus clientes como si fueran propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndoles siempre adecuadamente informados.

En desarrollo de tales previsiones legislativas, el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, incorporaba como Anexo un Código General de

Conducta en los mercados de valores en el que se establecía la obligación de las entidades de solicitar de sus clientes la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (art. 4.1). Fijaba como obligación la de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, precisando además que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (art. 5, apartados 1 y 3).

Dicho Decreto fue derogado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la Ley de Mercados de Valores transponiendo al derecho nacional las condiciones previstas en el anexo segundo de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID). La reforma de la LMV continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente minorista, distinguiendo entre clientes profesionales y minoristas a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis). De acuerdo con el apartado segundo de dicho precepto, "tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma experiencia, conocimiento y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversiones y valorare correctamente sus riesgos".

El artículo 79, por su parte, dispone que "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales interese como si fueran propios, y en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo". Por lo que se refiere a la obligación de información, el

artículo 79 bis establece que "las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañoso. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales". El apartado tercero de dicho precepto añade que "a los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes".

El Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de empresas de servicios de inversión desarrolla reglamentariamente dicha normativa en sus artículos 60 y siguientes, fijando las condiciones que debe cumplir la información que han de prestar las entidades de crédito, que ha de ser "imparcial, clara y no engañoso". De acuerdo con el artículo 60, la información deberá ser "exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión", destacando los "riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible". Además deberá presentarse "de forma comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios" y "no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencias importantes". Dicha información deberá proporcionarse con suficiente antelación (artículo 62) e incidirá en la descripción de los riesgos de los instrumentos financieros".

En síntesis, puede afirmarse que la citada legislación sectorial, contenida en la actualidad en la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que efectúa la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2004/39/CE, y por razones de política legislativa, dado el grave

desequilibrio estructural que se produce en el mercado en la posición de las partes contratantes, impone específicos deberes a la entidad en orden a la tutela de los intereses de su cliente inversor, no conformándose el legislador con establecer severas prescripciones para garantizar que el inversor tenga perfecto conocimiento de las características y riesgos que tenga el producto que se le ofrece por la entidad, lo que constituye el fin y objetivo de toda la información precontractual, sino exigiendo además que la entidad tutele los intereses del inversor, que los debe tratar "con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos..." (artículo 1 del Código General de Conducta) o, como dice la vigente Ley 47/2007 en su artículo 79 tratando el interés del inversor como si fuera propio.

TERCERO.- Lo relevante es, pues, analizar si hubo o no déficit de información en la fase previa a la suscripción de los contratos y si la demandada instruyó correctamente a la demandante, advirtiéndole de todos los riesgos. La carga de la prueba sobre el alcance de la información incumbe a la entidad de crédito, de conformidad con lo previsto en el artículo 217 LEC y ello por dos razones, primera, que se trata de un hecho negativo (la falta de información) de imposible prueba, y, segunda, el principio de facilidad probatoria pues es únicamente la entidad financiera la que se encuentra en condiciones de acreditar qué concreta información facilitó a la demandante.

Pues bien, en aras al criterio de máxima transparencia informativa, habrían exigido que la entidad dejara constancia de todas las condiciones negociadas con su cliente con anterioridad a la firma, entre las que se debería encontrar el producto de cobertura ofrecido junto con sus características principales, lo que no consta acreditado que hiciera la entidad a la firma de los antedichos contratos que fueron impuestos por la misma como un paquete junto con los préstamos hipotecarios solicitados. En definitiva, no consta probado en las actuaciones la entrega por parte de la entidad de la documentación precontractual al cliente antes de la firma de los citados contratos, facilitando así toda la información necesaria para la válida formación del consentimiento contractual a la hora de contratar los productos

financieros. No se justifica de este modo por la parte demandada, carga de la prueba que tan sólo a ella compete, como antes se ha dicho, la información precontractual precisa y necesaria sobre los riesgos de los productos contratados. Así no consta que se le entregara folleto informativo alguno, que previamente se le facilitara copia de los contratos para un estudio sosegado en su domicilio o que se hiciera simulación de escenarios en los que el Euribor bajase. Aún cuando en apariencia el funcionamiento de estos contratos es sencillo, constituyen 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 Banco de España una formación financiera claramente superior a la que tiene la clientela bancaria común. Por ello considera 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 las operaciones, 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, considerando en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros. Desde el punto de vista de la transparencia informativa y de las buenas prácticas bancarias, las entidades deben constatar acuciosamente que sus clientes no albergan incertidumbres o dudas de tipo alguno acerca de aspectos tales como el hecho de que, ante determinados escenarios de tipos de interés a la baja las liquidaciones periódicas pueden ser negativas en cuantías ciertamente relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y a cobrar.

La información no fue tampoco suficiente en la fase contractual. No consta que se especificaran con ejemplos y cantidades, ni que se escenificara numéricamente las hipotéticas liquidaciones negativas, en unos productos además de alto riesgo y complejos. De hecho en todos los contratos litigiosos se puede constatar que son escuetos, esquemáticos y faltos de explicación, en lo que únicamente se exponen las fórmulas matemáticas de cálculo de los flujos así como de los sujetos que intercambian dichos flujos, pero en ningún momento

explican el mecanismo de funcionamiento y menos los riesgos reales que asumía la actora con su contratación, habiendo manifestado el perito de la propia demandada "que estamos ante contratos constituidos por permutas de flujos financieros en función de la evolución del Euribor. Es decir, estamos ante contratos con un marcado tinte especulativo en el que se hace una apuesta en función de la evolución futura del Euribor. Y esto, no tiene nada que ver con una cobertura de tipos de interés, porque si en este caso los tipos de interés bajan, que en principio es lo que desea y busca cualquier deudor hipotecario, no sólo no puede beneficiarse de esta bajada, sino que aún encima tiene que pagar por ella. Esta es la principal diferencia".

Por otra parte, difícilmente podían valorarse los riesgos de los productos financieros contratados que entrañaban una verdadera ingeniería financiera, dado el perfil minorista del suscriptor y la finalidad para la que en realidad se iban a destinar: el actuar como un seguro frente a las variaciones de tipo de interés variable concertado en los simultáneos contratos de préstamo hipotecario suscritos. No se informó ni se describió el alto riesgo de los productos financieros enmascarándose en realidad el carácter altamente especulativo y agresivo de los productos, presentándose como un seguro para cubrir las fluctuaciones del interés variable de los préstamos suscritos. En el planteamiento de los productos ofertados, en términos vulgares lo que se perseguía, y en la idea que lo aceptó la actora, estaríamos ante "un seguro" frente a la posibilidad del alza del interés variable referencial pactado en los contratos de préstamo hipotecario que tenía concertados con la entidad, de modo que el producto contratado producía el efecto de limitar los intereses que como máximo debía pagar a la entidad financiera por los préstamos hipotecarios a los que aparecían vinculados, con lo que en apariencia se convertían en préstamos a interés fijo. Eso es lo que pretendía la prestataria con la contratación de los productos, pero el contrato de swap no sirve únicamente para asegurar el riesgo del prestatario frente al posible aumento del interés pactado, sino que, por el contrario, es también el instrumento válido para asegurar a la entidad financiera prestamista el cobro de intereses con independencia del eventual descenso del tipo

de interés de referencia. Así, si el interés variable establecido en el préstamo hipotecario baja, el deudor hipotecario deberá compensar dicha bajada a la entidad de crédito prestamista en virtud de lo pactado en el contrato de permuta financiera mediante el pago de la liquidación correspondiente. De ahí que sea exigible a la entidad financiera informar adecuadamente al cliente, antes de la contratación, de los riesgos que asumía y especialmente de la posibilidad de que en el futuro la bajada del tipo de referencia, podía dar lugar a una obligación de pago a su cargo. La entidad financiera venía obligada también a evaluar, de acuerdo con las necesidades financieras de la cliente y en relación con sus objetivos (en este caso asegurar el tipo de interés), a valorar si los productos ofertados eran los más adecuados para alcanzarlos. En definitiva, la entidad financiera venía obligada a hacer un esfuerzo adicional para asegurarse de que, antes de contratar, la cliente conocía los riesgos que asumía, así como las previsiones o predicciones sobre las variables relevantes, en este caso los tipos de interés.

Aunque resulta cierto que los contratos abren la posibilidad de que la contratante pudiese "tener que pagar", no existe constancia de que se le haya informado del alcance de esos riesgos en un escenario absolutamente contrario a sus intereses que persista en el tiempo, como ha ocurrido y como ya la entidad bancaria tendría que conocer al tiempo en que aquél se formaliza, ante la evolución que marcaba el mercado.

No es suficiente ilustrar lo obvio, 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, sino que se le debía informar 1) las mismas previsiones con que cuenta el banco de evolución de los tipos de interés; 2) que sólo tendrá cobertura si la expectativa que se le informa se cumple; 3) que lo contratado es un producto especulativo que puede salirle bien o mal; y 4) en caso de salirle mal, el coste que pueda suponerle, lo que puede incidir y formar la decisión sobre el tiempo de duración de los swaps sobre los que no consta se le ofreciera opción.

La información relevante en cuanto al riesgo de las operaciones es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente podía valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisfacía o no su interés. Simplemente, 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 razonabilidad por falta de información mientras que el banco sí la posee. Por otro lado no puede ignorarse que existe un conflicto de intereses entre el propio interés legítimo de negocio del banco y la obligación que sobre él pesa de actuar en interés del cliente cuidando su inversión como propia pero el ocultamiento de los datos sobre las previsiones existentes en el momento de contratar impide conocer si el conflicto entre estos intereses está bien resuelto, omitiéndose toda referencia a este conflicto con la ausencia de información.

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, pero no es menos cierto que indudablemente el Banco está en mejores condiciones para analizar y hacer una prospección sobre la evolución de los tipos de interés, encontrándose en una posición mucho más ventajosa que el cliente, lo que exige que extreme el rigor y cuidado en la información, acorde con el principio de buena fe y con las consecuencias que se derivan de tal situación de superioridad contractual, lo que desde luego no se cumple con una indicación de la mera posibilidad abstracta de fluctuaciones y riesgos y desconectada de las líneas previsibles en que puede operar la realidad. No hay que olvidar que se trata de productos ideados por el Banco y, como tales, hay que suponer, sometidos a procesos complejos y cuidadosos de examen y ponderación, de los que se va a acabar extrayendo la conclusión de que se pueden colocar en el mercado, lo que solo se hace si presentan unas perspectivas razonables de ganancia para la propia entidad, perspectivas favorables que no puede pasar por la percepción de un escenario de subidas continuadas de los tipos de interés. En algún momento han de

considerar la eventualidad, y la probabilidad en cuanto al tiempo de producirse y niveles de fluctuación, de que los tipos bajen y esos cálculos y prospecciones son los que se guardan celosamente y no se transmiten a los clientes, ni siquiera como hipótesis a contemplar y tener en cuenta a la hora de adoptar la decisión de concurrir al contrato. Desde esta perspectiva, debe considerarse la significativa circunstancia de que fue al poco de la aparición y el auge de los swaps que se produjo el desplome de los tipos de interés, con la inversión brutal de las posiciones acreedora y deudora de las partes del contrato, lo que ha dado lugar a la abundante litigiosidad sobre el mismo. Sobre el cambio de tendencia de los tipos y de las llamativas consecuencias que ello provocó a los contratos de esta clase, la SAP de Asturias de 23 de julio de 2010, declara que "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 la relevancia de 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 a unas expectativas sobre el 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 la misma línea, la SAP de Pontevedra, de 7 de abril de 2010, señala que "Máxime 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 postre 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 la demandante), 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. Por otra parte ha sido la propia entidad

demandada la que, a requerimiento de la actora, ha aportado a los autos unos informes del Comité de Activos y Pasivos de su entidad donde se establecen unas previsiones de futuro sobre las tendencias evolutivas de los tipos de interés. Asimismo su propio perito se basa en una serie de curvas de tipos de interés, afirmando de forma inequívoca que "en el momento inicial de la contratación se conoce exactamente cuál será el tipo de interés en un futuro de acuerdo con el escenario de mercado existente", dejando claro que la confección de estos contratos, y, en concreto, para la determinación de los tipos de referencia, se hace mediante lo que se denominan Curvas Implícitas a Plazo, por las que se obtiene la media ponderada de los tipos implícitos según los tipos de mercado observables en cada fecha.

CUARTO.- En suma, por las consideraciones expuestas, no puede defender el banco apelado la existencia de una información suficiente y de un conocimiento y formación de la voluntad contractual por parte de la actora, que sean conformes a los postulados que son de exigir al requisito del consentimiento de los artículos 1262 y siguientes del Código Civil. La interpretación del art. 1266 CC, esencial a los fines ahora debatidos, dispone que "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado, entre otras en su STS de 22 de mayo de 2006, que "para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que 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 (Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004)", añadiendo expresamente que "y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas

y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual 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 esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005)".

Conviene citar a este respecto la reciente sentencia de la Corte Federal Alemana de 22 de marzo de 2011 (BGH XI ZR 33/10, Deutsche Bank/Illie Papier Service) que advierte de la situación de desequilibrio de las partes en este tipo de contratos swap: "El banco debe informar claramente al cliente de que el perfil de riesgo/oportunidades entre los participantes de la apuesta de tipos de interés no es equilibrado... También deberá garantizar, en el caso de un producto tan complejo, que el cliente tenga sustancialmente la misma información y el mismo conocimiento que su banco asesor con respecto al riesgo del negocio, dado que solo así le es posible adoptar una decisión autorresponsable sobre si quiere aceptar la apuesta de tipo de interés que se ofrece... Los beneficios de una parte constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la demandada, como banco asesor, se encuentra en un grave conflicto de intereses".

Estamos por tanto ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el art. 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1^a del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1^a, de 17 de diciembre de 2008), reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada, y es claro que en nuestro caso la actora no hubiera celebrado los contratos litigiosos de haber conocido que podía sufrir una pérdida económica relevante, como así

finalmente ha sido.

Se trata por tanto de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada.

Obsérvese que el concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII enero 2009), y así el art. 1298 CC presenta la siguiente redacción: "1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error; 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas; 3. Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error..."

La Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 17 de julio de 2012 ha señalado: "La voluntad base esencial del contrato, ha de ser para que lo genere libre, racional y consciente, sin vicios o circunstancias que excluyan o limiten estas condiciones" (STS de 29 diciembre de 1978). Hablamos sobre todo de voluntad manifestada, en casos en que, como el presente, existe un documento contractual que ha sido puesto a la firma de la entidad demandante. Sucediendo en estos supuestos de "voluntad expresada" que en no pocas ocasiones surge la duda entre la voluntad expresada y la voluntad real, como poniéndose en cuestión si lo que quiso la parte era lo que "escribió y firmó", o por el contrario su voluntad era distinta de la expresada en los términos gráficos.

La parte demandante alega que los productos finalmente contratados

no se han desarrollado en línea con aquella finalidad a que ella dio su consentimiento: asegurarse frente a la fluctuación de los tipos de intereses sobre su pasivo. Hubo, pues, una representación equivocada de la realidad por falta de información que da lugar a la nulidad de los contratos.

QUINTO.- A lo expuesto ha de añadirse el desequilibrio en la posición de las partes que se observa en los contratos litigiosos. Así la primera operación contratada simultáneamente a un préstamo con garantía hipotecaria, y que data de 23 de noviembre de 2004 pero con fecha de inicio 23 de noviembre de 2006 y con vencimiento el 25 de noviembre de 2024, es doble ya que por un lado se vende un FLOOR y por otro se compra un CAP. Así en cuanto al FLOOR, la actora cobra una prima de 154.000 € y a cambio vende una operación de futuro a la demandada de forma que si los tipos de interés se sitúan por debajo del tipo fijo de referencia, 4,19%, pagará en forma de liquidaciones negativas trimestrales sobre un capital nociional que parte de los 3.000.000 €. En cuanto al CAP se supone que la actora paga una prima de 154.000 € y a cambio compra a la demandada una opción de futuro, de forma que si los tipos de interés se sitúan por encima del tipo fijo de referencia, 4,19%, cobrará en forma de liquidaciones positivas trimestrales sobre un capital nociional que parte de los 3.000.000 €. Sin embargo ésta última opción prevé una barrera desactivante a favor de la entidad bancaria, de forma que si los tipos de interés suben por encima del 6%, la actora sólo recibirá una bonificación del 1,5%, barrera que no se establece a favor del cliente en el caso de que los tipos se sitúen por debajo del 4,19%. Además es de señalar que el Euribor en la fecha de contratación, noviembre de 2004, era del 2,32%, muy por debajo del FLOOR pactado del 4,19%, por lo que la mala fe contractual de la demandada es evidente al pactar un tipo inicial que ya de entrada implicaba liquidaciones negativas para el cliente, tal como sucedió.

La segunda operación contratada, INTEREST RATE SWAP, simultáneamente con otro préstamo con garantía hipotecaria, en 14 de diciembre de 2006, antes de recibir la primera liquidación negativa de la anterior operación, que data de marzo de 2007, sobre un importe nociional de 551.701 €, sitúa el tipo fijo en el 3,98%, siendo así que el

Euribor vigente en esa fecha era del 3,92%, por lo que la mala fe del banco se reitera al establecer un tipo inicial que ya de entrada implicaba también liquidaciones negativas.

Finalmente la tercera operación, COLLAR DESACTIVABLE, impuesta con motivo de la formalización de otro préstamo hipotecario, sin que se le diera a la actora la opción de no contratarlo y que se le ofreció como mejora a cambio de que fuera por una duración menor pues teóricamente venía a compensar las pérdidas de las dos operaciones anteriores, según afirmó la actora sin ser contradicha de contrario, fue suscrita en fecha 11 de abril de 2008 sobre un importe nominal de 1.385.246 €, estableciendo un tipo máximo del 4,60% y un tipo mínimo del 3,960%, de forma que si los tipos de interés caen por debajo del tipo mínimo (FLOOR) resulta que el cliente paga al banco la diferencia sin limitaciones, mientras que si los tipos suben por encima del tipo máximo del 4,60 % (CAP), es el banco el que paga la diferencia al cliente pero con una limitación que antes no había y es que si los tipos suben por encima del 5% deja de haber cobertura, ni siquiera bonificación, por lo que la cobertura del cliente al banco puede llegar del 0% al 3,96% mientras que la entidad demandada sólo cubre el 0,40%.

Finalmente, en cuanto a la afirmación de la demandada de que tales contratos fueron fiscalizados por los órganos de gestión de la entidad actora, no puede sostenerse ya que el Libro de Actas de la Asamblea y de la Comisión Ejecutiva correspondientes a los años 2004, 2006 y 2008, no contiene mención alguna ni menos se refrenda ninguno de estos contratos. Asimismo la Sra. en su interrogatorio expuso claramente que la Junta Ejecutiva no tomó ninguna decisión al respecto de estas operaciones por estar conformada por personas voluntarias.

Con todo lo anterior hemos de reiterar la nulidad de los citados contratos por vicio de consentimiento en base a una deficiente información que causa un error insubsanable. Como indica la STS de 31 de julio de 2007, con cita de otras muchas, "como regla, el Tribunal Supremo considera todo error inexcusable cuando se produce en el conjunto de contingencias que domina o conoce el deudor y sólo declara el error subsanable en los casos en los que exista una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte o

cuando la otra parte ha inducido de alguna forma el error de quien impugna el contrato". En el presente caso se aprecia esa asimetría en la posición de las partes, pudiendo afirmarse que la demandante no llegó a tener conocimiento ni de las características de los contratos ni de los riesgos que asumía al contratar las citadas operaciones, debido a la insuficiente información que le proporcionaron los responsables de la entidad bancaria, y por cuanto su perfil no era el de una persona que, por su preparación previa, pudiese presumirse una capacidad autónoma para suplir por si misma esa falta de información recibida. Por ello debe estimarse el recurso y con revocación de la sentencia apelada, estimar la demanda, declarando la nulidad de los meritados contratos con la consecuencia de dejar sin eficacia alguna las liquidaciones que se hubieren producido con posterioridad.

SEXTO.- La estimación de la demanda comporta la expresa imposición a la demandada de las costas de primera instancia (art. 394 LEC), sin que se aprecien méritos para hacer mención especial sobre las costas del recurso que se estima (art. 398 LEC).

F A L L A M O S

ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación de

contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 2012, dictada en el procedimiento ordinario nº del Juzgado de Primera Instancia nº 30 de Barcelona, SE REVOCA dicha resolución dictándose otra en su lugar por la que estimando la demanda se declara la nulidad: a) del contrato marco de operaciones financieras de fecha 23 de noviembre de 2004; b) de los contratos de opción sobre tipos de interés CAP BARRERA KNOCH-OUT y FLOOR de la misma fecha; c) del contrato INTEREST RATE SWAP de 14 de diciembre de 2006; y d) del contrato COLLAR DESACTIVABLE de 11 de abril de 2008, con la restitución recíproca de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de la actora en las liquidaciones trimestrales realizadas, más intereses legales, y con expresa imposición a la demandada de las cotas de primera instancia. No se hace mención especial sobre las

costas del recurso.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACION.- Barcelona,

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de la fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.