

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 22 DE BARCELONA
JUICIO ORDINARIO XXXXXXXX**

OBJETO: Nulidad de contrato (swap)

PARTES:

Actora: XXXXXXXX

Procurador Sr. Moratal

Demandada: CATALUNYA BANC (antes Caixa d'Estalvis de Catalunya)

Procurador Sr. Anzizu

SENTENCIA N° 171/2013

En Barcelona a siete de octubre de dos mil trece.

Vistos por mí, la Ilma. Sra. Doña Gemma Vives Martínez, Magistrada juez del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Barcelona, los autos de juicio ordinario seguidos con el n. XXXXXXXX a instancia de la demandante XXXXXXXX representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Moratal y asistida por el Letrado Sr. D. Oscar Serrano contra la demandada CATALUNYA BANC (antes Caixa d'Estalvis de Catalunya) representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Anzizu y asistida por el Letrado Sr. D. XXXXXXXX, sobre nulidad de contrato, dicto esta sentencia en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación procesal de la actora en fecha 22.06.12 se presentó demanda de juicio ordinario contra la demandada que fue repartida a este juzgado en la que alegaba lo siguiente: a) que la entidad actora explota un negocio de restauración y en fecha 31.07.06 suscribió un contrato de arrendamiento financiero sobre una nave industrial con la empresa LEASING CATALUNYA EFC SA, sociedad del Grupo Caixa de Catalunya, siendo el precio total de 590.602,48 euros y un plazo de 15 años y el mismo día se constituyó un préstamo hipotecario por importe de 200.000 euros siendo la garantía hipotecaria la vivienda del matrimonio y asimismo socios de la mercantil actora y la duración del préstamo era de 20 años, b) en la misma fecha se firmó un contrato marco de operaciones financieras (en adelante, CMOF) consistente en dos órdenes de contratación de swaps creciente con barrera por 200.000 euros y 450.000 euros respectivamente y dos semanas después se suscribieron los dos contratos de confirmación de swap cuyos importes nacionales eran 196.800 euros y 436.000 euros (cada uno de ellos) y con vigencia de 6 años en ambos casos, c) las gestiones se realizaron con el Gerente y con el director de la sucursal, sin que anteriormente el actor fuera cliente de la demandada, habiéndole explicado la parte positiva del producto pero sin advertir de su complejidad ni de los riesgos del mismo, entendiendo el cliente que estaba ante una especie de cobertura cuando en realidad el swap sólo funciona en un escenario de subidas de tipos de interés variable, creyendo el cliente que pasaba de un tipo variable a uno fijo e ignorando que el contrato de swap era independiente del plazo de vigencia de las financiaciones por tratarse de un contrato especulativo, d) la actora no tuvo nunca folletos informativos, no hicieron simulaciones del producto, no sabían los altos riesgos que suponía el contrato, además de la falta de información, pues no era un seguro. Asimismo su cliente no posee el perfil adecuado para un producto tan complejo y el consentimiento no era válido por ausencia de información suficiente. Por otra parte la barrera no se establece a la baja y por ello la cobertura real del Banco al cliente es de un 1% en cada período de liquidación y en cambio la cobertura del cliente puede llegar

al 4,64%. En el primer contrato las liquidaciones negativas ascienden a la suma de 10.545,94 euros y en el segundo, a 22.960,24 euros, en total el cliente ha abonado la suma de 33.506,18 euros. Los contratos de confirmación son esquemáticos y sin información de los riesgos. Además no se respeta la normativa del Mercado de Valores, de suyo que el consentimiento se formó de modo viciado, recayendo el error sobre un elemento esencial del contrato. Tras alegar los fundamentos de Derecho que estimó aplicables se solicita que se dicte sentencia con el siguiente contenido: con carácter principal, 1) que se declare la nulidad de los dos contratos de permuto financiera de 16.08.06 y declare la nulidad de las liquidaciones debiendo devolverse al actor la suma de 33.506,18 euros y devolviendo la demandante las sumas percibidas mediante la oportuna compensación, más intereses de demora y legales, sin perjuicio de que la suma aumente por haberse producido liquidaciones posteriores lo que se determinará en ejecución de sentencia, condenando a la demandada a retroceder los intereses y comisiones que se hayan generado por los saldos negativos y 2) con condena en costas a la demandada. Y con carácter subsidiario se interesa la resolución de ambos contratos de acuerdo con el artículo 1.124 CC y en concepto de daños y perjuicios se condene a la demandada a pagar una suma equivalente a las liquidaciones negativas percibidas por ella, una vez compensadas con las abonadas a la actora, y al pago de intereses legales y costas.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda en fecha 02.07.12 se emplazó a la demandada que contestó en fecha 04.09.12, oponiéndose y alegando lo siguiente: a) caducidad de la acción por prescripción sanatoria del contrato en virtud del artículo 1.301 CC, teniendo en cuenta que la demanda se interpone en junio de 2012 y además en este tipo de contratos la consumación coincide con la perfección del mismo de manera que no hay trato sucesivo y las liquidaciones posteriores son liquidaciones unilaterales, b) la actora se ha beneficiado del cobro de liquidaciones positivas y además no es un consumidor, c) que el contrato no era para la especulación y que la causa era una finalidad de cobertura del riesgo de subida del tipo de interés y que se negociaron las condiciones de financiación, a lo que se añade que la normativa invocada no estaba en vigor cuando se firmó el contrato, d) posteriormente el cliente firmó la confirmación del contrato (ambas permutas) y fue en abril de 2011 cuando se le cargaron liquidaciones negativas y a raíz de las sentencias recaídas en la materia, el cliente decidió interponer esta demanda, de manera que por la doctrina de los actos propios los contratos se hallaban confirmados, e) que no es cierto que estos contratos se puedan cancelar unilateralmente por una de las partes y lo cierto es que la cancelación se prevé para el caso de incumplimiento de alguna de las ellas. Por todo ello solicita que se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, con imposición de las costas a la demandante.

Tercero.- El fecha 18.12.12 se celebró la audiencia previa a la que asistieron las partes a través de sus Procuradores y con sus Letrados que:

- *no alcanzaron acuerdo, sin que fuera posible avenirles.
- *se determinó el objeto del pleito: validez o nulidad de los contratos de permuto financiera por falta de consentimiento. Asimismo la petición subsidiaria de la resolución conforme al artículo 1.124 CC, de no atenderse a la principal. Caducidad de la acción por transcurso del plazo de 4 años y confirmación de los contratos.
- * se aclara de modo expreso que del texto de la demanda y los preceptos invocados, la nulidad ejercitada es la total o absoluta sin que se pueda deducir de la misma que la acción sea la de nulidad relativa o anulabilidad.
- *las dos partes pidieron prueba: testifical y documental.
- *se declaró pertinente toda la prueba necesaria y útil y se señaló para el juicio el día de hoy.

Cuarto.- Llegado el día se celebró el juicio al que asistieron las partes con sus

Procuradores y Letrados.

Se practicó la prueba declarada pertinente, practicándose de oficio sendos careos entre los tres testigos a tenor del artículo 373 LEC. Se dio a los Letrados turno de conclusiones y quedó el juicio visto para sentencia.

Quinto.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

La audiencia previa y la vista se grabaron en soporte audiovisual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Hechos objeto del pleito (a). Hechos probados (b). Acción ejercitada (a y c).

(a) La parte actora XXXXXXXX ejerce la acción de nulidad de sendos contratos de permuta financiera de 16.08.06, con base en los artículos 1256, 1258, 1288, 1261, 1265, 1266 y 1303 del CC en relación con el artículo 79 bis de la LMV y anexo del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo. Fundamenta su acción en varios motivos amparados por el C Civil: inexistencia de consentimiento por ausencia de información, y en su caso vicio en el consentimiento.

La parte demandada CATALUNYA BANC alega, en síntesis, la caducidad de la acción por transcurso del plazo de 4 años (1.301 CC) y que el contrato se hizo con el fin de limitar para la demandante el riesgo bancario general ocasionado por las fluctuaciones al alza de los tipos de interés; que el proceso de contratación se hizo con todas las garantías legales vigentes en dicho momento; que de la lectura del contrato se desprende con toda claridad que no se trata de un seguro; que los riesgos de que se produjeran liquidaciones negativas era sabido por el cliente. La demandada insiste en que los momentos de consumación y de perfección del contrato coinciden en el tiempo, lo cual avala la caducidad de la acción. El error presuntamente padecido no invalida los contratos.

(b) 1.- XXXXXXXX explota un negocio de restauración del cual la administradora es la Sra. Mencía y su esposo y socio es el Sr. XXXXXXXX.

2.- En fecha 31.07.06 suscribió un contrato de arrendamiento financiero sobre una nave industrial con la empresa LEASING CATALUNYA EFC SA, sociedad del Grupo Caixa de Catalunya, siendo el precio total de 590.602,48 euros por un plazo de 15 años y el mismo día se constituyó un préstamo hipotecario por 200.000 euros, siendo la garantía hipotecaria la vivienda del matrimonio y socios de la mercantil actora y la duración del préstamo era de 20 años.

3.- En la misma fecha se firmó un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) consistente en dos órdenes de contratación de swaps creciente con barrera por 200.000 euros y 450.000 euros respectivamente y en 16.08.06 se suscribieron los dos contratos de confirmación de swap cuyos importes (valor nocial) eran 196.800 euros y 436.000 euros –cada uno de ellos- y con vigencia de 6 años en ambos casos.

4.- Las gestiones se realizaron con el Gerente Sr. XXXXXXXX y el director de la sucursal Sr. XXXXXXXX. No consta acreditada la explicación del producto por parte de ninguno de los empleados de la entidad.

5.- En el primer contrato las liquidaciones negativas ascienden a la suma de -10.545,94 euros y en el segundo, a -22.960,24 euros.

6.- El cliente nunca tuvo folletos informativos, no se hicieron simulaciones del producto, no sabía los altos riesgos que suponía el contrato.

7.- Las liquidaciones abonadas por el cliente ascienden a la cantidad total de 33.506,18 euros.

(c) Como se ha dicho antes, la actora ejerce acción de nulidad por no existir

consentimiento basándolo en la ausencia de información suficiente y en el dolo con el que actuó la demandada, alegando que firmó el contrato creyendo que firmaba un seguro de cobertura de riesgo de la posible alza de los tipos de interés, viéndose en cambio sorprendida del enorme coste que en virtud de dicho contrato le ha supuesto la situación inversa, es decir, la bajada del Euribor. Pide por ello dos solicitudes, una principal y otra subsidiaria, a saber:

1º) Con carácter principal: 1) que se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera de 16.08.06 y declare la nulidad de las liquidaciones debiendo devolverse a XXXXXXXX la suma de 33.506,18 euros y devolviendo la demandante las sumas percibidas mediante la oportuna compensación, más intereses de demora y legales, sin perjuicio de que la suma aumente por haberse producido liquidaciones posteriores lo que se determinará en ejecución de sentencia, y 2) con condena en costas a la demandada.

2º) Con carácter subsidiario se interesa la resolución de ambos contratos de acuerdo con el artículo 1.124 CC y en concepto de daños y perjuicios se condene a la demandada a pagar una suma equivalente a las liquidaciones negativas percibidas por ella, una vez compensadas con las abonadas a la actora, y al pago de intereses legales y costas.

La demandada, como ya se ha apuntado, en primer lugar zanja la cuestión invocando la caducidad de la acción y en cuanto al resto, niega la existencia de cualquier tipo de error, explica que el cliente fue perfectamente informado, invoca la claridad del documento en el que fue formalizada la operación, subraya que la actora es una mercantil, y que nunca se ha dicho que la cancelación pudiera hacerse de modo unilateral sino en caso de incumplimiento de una de las partes.

Segundo.- Previo. Distinción entre nulidad y anulabilidad. Alegación de la demandada relativa a la ausencia de acción de la actora (caducidad).

Es esencial efectuar, por pura lógica procesal y sustantiva, las aclaraciones pertinentes sobre el núcleo de este asunto ya que en el documento n. 5 y en el n. 6 (Orden en firme de contratación de swap creciente con barrera) consta como fecha de inicio cobertura el 31.07.07 y el vencimiento en 31.07.13, siendo la fecha de contratación en 31.07.06. Asimismo en el documento n. 7-8 (Confirmación swap con barrera y compensación) se reflejan las mismas fechas, constando como fecha de contratación el 16.08.06. La demanda se interpuso en 22.06.12 y la demandada invoca a su favor –descartada, a su juicio, la nulidad total- que no es posible la nulidad de un contrato extinguido o vencido, con lo cual la actora carecería de acción.

Con carácter previo a resolver sobre el fondo del asunto debe precisarse que en el supuesto de autos y pese a que la actora invoca nulidad del contrato por vicio del consentimiento, error en la formación del consentimiento, deduciéndose de su demanda que el contrato se denuncia a efectos de que el Juzgado declare la inexistencia del mismo desde un inicio, es decir inexistencia durante el periodo que se mantuvo operativo, debe ser tenido como nulo, adolece de cierta falta de precisión (al no distinguir expresamente la nulidad absoluta de la relativa) que ya se destacó en la Audiencia Previa, introduciendo en los fundamentos jurídicos artículos como 1.262, 1.300, 1301 del Código Civil relativos a la anulabilidad de los contratos o el art. 1.124 del mismo cuerpo legal relativo a la resolución. Sin embargo, el juez debe resolver aplicando las normas correspondientes al caso (art. 218.2º LEC) y por ende, aun cuando no hayan sido correctamente invocadas por las partes el principio de congruencia obliga a dictar sentencia conforme a dicho precepto y sin apartarse nunca de la causa de pedir. La demanda es clarísima en cuanto a su petición principal y la subsidiaria, pero la oposición de caducidad por parte de la demandada, que parte de que la demanda se sustenta en un caso de nulidad relativa o simplemente al amparo de la petición de resolución contractual planteada de modo subsidiario, obliga a realizar

relevantes precisiones en orden a aclarar qué tipo de acción se está ejercitando. Respecto de la acción de nulidad ejercitada es ilustrativa en particular la STS de 14 de marzo de 2000:

"Alegada por el recurrente la concurrencia de vicio de consentimiento, en la formalización de los contratos de que se trata, acreedor de la declaración de la nulidad, es procedente traer a colación la SAP de Madrid de 18 de mayo de 2007, Ponente Angel Vicente Illescas Rus, que señala:"conviene recordar la distinción entre nulidad del contrato y anulabilidad. Aquella se producirá cuando carezca de algunos de los elementos esenciales que establece el artículo 1261 del Código Civil , de modo que es inexistente , mientras que es anulable cuando reúne los mencionados requisitos, pero adolece del algún vicio o defecto. De ahí la diferencia radical, porque mientras el acto nulo no produce efecto, en base a la regla de que lo que es nulo en su inicio no puede ser convalidado por la acción del tiempo. La jurisprudencia declara que los efectos de la nulidad operan con radicalidad y no puede ser subsanada ni siquiera por la inscripción en el Registro de la Propiedad, arrastrando la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocerse a tales efectos la condición de terceros protegidos, SSTS 17-3-58, 25-5-82, 28-1-85, 17-3-88, 9-5-88, 15-11-91, 12-3-93, entre otras. La nulidad se produce ipso iure y por ello imprescriptible, proyectándose frente a todos, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe declarada, SSTS 13-2-88, 23-10-92. Por ello el plazo marcado en el artículo 1301 del código Civil solo es aplicable en los casos de anulabilidad, ya que el acto nulo de nulidad radical siempre será un acto contrario a la ley y por tanto, su nulidad de pleno derecho es ab initio, sin que requiera para sí situaciones especiales para ser computado, como declara la Sentencia de 20-10- 99. El anulable produce sus efectos mientras no se realice la oportuna declaración por los Tribunales, como señala la Sentencia de 27 de noviembre de 1.998, es inicialmente eficaz, si bien con una eficacia, claudicante, e incluso valido mientras no se impugne, o sea, firme la resolución judicial que declare su anulación; en definitiva con efectos "ex nunc" y no "ex tunc", por ello es posible subsanarse por la confirmación y la prescripción. En orden a dicha distinción, la Sentencia de 10 de abril de 2.001 declara que: «resultan perfectamente diferenciables los conceptos de inexistencia o nulidad radical, de una parte, y de nulidad relativa o anulabilidad, de otra. En el primero se comprenden los supuestos en que o falta alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el art. 1261 del Código Civil , o el mismo se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva. El segundo se reserva para aquellos otros en que en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo)». Agregando: «Puede señalarse, como resumen de lo expuesto, que cuando el art. 1302 establece rigurosas restricciones en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie que han concurrido los vicios del consentimiento que enumera el art. 1265».

Tras el análisis de la causa de pedir, está claro que en el caso de autos no cabe invocar la anulabilidad o nulidad relativa porque ello parte de la concurrencia de los tres requisitos del art. 1261 CC (ni siquiera cabe invocar el 1.124 CC) y estamos ante un contrato del que sí cabe predicar o denunciar su nulidad total por ausencia de consentimiento (o de objeto o de causa) ya que la nulidad absoluta conlleva que el contrato nunca existió y nunca produjo efecto alguno. Así se "filtró" o descarta desde el inicio cualquier pronunciamiento concerniente a la nulidad relativa de los artículos 1.300 y siguientes del CC porque el precepto que se va a analizar es el 1.261 CC (consentimiento válido, objeto cierto, causa lícita). Consecuentemente, la actora tiene de la acción para interponer demanda y dicha alegación de la demandada debe desestimarse desde ahora. Es por ello que en algunos casos puede ser preciso ejercitar la acción de nulidad cuando el contrato hubiera creado una apariencia de validez que sea necesaria destruir. Como aquí sucede. La demandada apoya su alegato en el hecho de que el contrato fue confirmado según se desprende de los documentos 7 y 8 de la demanda.

Pero tal confirmación no equivale a la recogida en el CC. Como se verá posteriormente, si el hecho de que un contrato haya desplegado parte de sus efectos impide ejercitar la acción de nulidad, carecería de sentido y lógica el planteamiento de la nulidad total ya que nunca podría ejercitarse dicha acción.

El principal efecto de la nulidad de pleno derecho es la total falta de efectos del contrato afectado por la misma (ex tunc). Por tal causa el Código Civil es claro al establecer que no cabe la convalidación de este tipo de contratos (porque nunca han existido).

De tal forma, el Banco pretende que el contrato sea y se declare válido o bien por confirmación (actos propios de la actora) o bien por falta de acción (lo cual ya se ha desestimado antes).

Por ello, en cuanto a la aplicación de los artículos 1.309 y 1.313 relativos a la confirmación de los contratos, en conexión con la doctrina de los actos propios, ya que la demandada sostiene que el actor había aceptado, sin ningún tipo de objeción, las liquidaciones positivas, es cierto que la acción de nulidad relativa (anulabilidad) queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente; sin embargo el art. 1310 vincula esa posibilidad de confirmación a los contratos que reúnan los requisitos del art. 1261 del CC y el presente contrato de permuta financiera, adolece de falta de consentimiento (como se verá posteriormente), al aparecer viciado por error el consentimiento prestado por XXXXXXXX

Y la circunstancia de que el actor hubiere aceptado las liquidaciones que arrojaban un saldo acreedor a su favor, no obstaculiza el razonamiento anterior porque, como señala el art. 1.311, párrafo segundo, se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. Y, si como acontece en el supuesto enjuiciado, la causa de nulidad no la llega a conocer el actor, sino con posterioridad a la primera liquidación una vez que, al tener un saldo deudor en contra que es superior a la inicial liquidación favorable, el actor cae en la cuenta de cómo funcionaba realmente la permuta y en qué manera contemplaba el contrato un tal desequilibrio en las prestaciones de las partes. Sólo entonces puede tener un conocimiento cabal de la causa de nulidad que concurría y sólo entonces es cuando llega a conocer la deficiente información que se le había proporcionado por el Banco.

Por todo ello se entrará de pleno en el fondo del asunto centrando la cuestión en el análisis del tipo de contrato y en la causa de nulidad total, y respecto de la oposición a la misma, se consideran resueltas las alegaciones opuestas en cuanto a la confirmación del contrato por cuanto ésta parte de un contrato válido y eficaz y en el caso de autos, precisamente, lo que hay que analizar es si concurrían o no los requisitos del art. 1.261 CC.

Tercero.- Concepto y naturaleza del producto financiero. Marco normativo.

En orden al concepto del negocio jurídico en cuestión que vincula a ambas partes destaca la sentencia del Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, que explica que *"las operaciones de permuta financiera o swaps constituyen contratos en los que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios, expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables, durante un cierto período de tiempo. Dichos contratos pueden revestir diversas modalidades en función del objeto de la permuta, pudiéndose distinguir entre swaps de tipos de interés, de divisas, de commodities o de materias primas y de acciones. En el swap de tipos de interés como el que aquí nos ocupa, las dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. En esta modalidad de swaps, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nocional), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes"*

contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps"); aunque también cabe el intercambio de flujos de intereses variables (swaps de variable contra variable o "basis swaps"), ya sea con distinta periodificación (EURIBOR a tres meses contra EURIBOR a seis meses) o con distinta indexación (EURIBOR a tres meses contra LIBOR a tres meses, etc.). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables, o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación".

Como expone el Banco de España en la información proporcionada sobre este tipo de productos en su página Web se conoce como derivados financieros a un conjunto de instrumentos cuyo precio se deriva del valor de otros activos denominados subyacentes, de un tipo de referencia o de un índice del valor de dichos activos.

La contratación de estos productos por parte de la clientela bancaria ha experimentado un incremento en los últimos años, básicamente con el objeto de reducir o neutralizar el riesgo latente en sus operaciones motivado por las fluctuaciones de diferentes factores de mercado, como los tipos de interés y de cambio. No obstante, en muchas ocasiones se ha producido el efecto contrario al deseado incrementándose el riesgo total al que estaban expuestos, al añadir al original de sus operaciones el riesgo propio del derivado financiero contratado.

Como consecuencia de estos resultados adversos, se ha incrementado progresivamente el número de reclamaciones presentadas, siendo un factor común a casi todas ellas que el cliente no había evaluado correctamente el riesgo implícito del derivado contratado, bien porque no contaba con conocimientos específicos en este campo, o bien porque no había sido convenientemente informado o asesorado por las entidades que los comercializan.

A esta clarificación de la naturaleza y finalidad del contrato que vincula a las partes incluida en la sentencia, cabría añadir su consideración como un negocio jurídico aleatorio puesto que existe un riesgo en la oscilación de los índices de referencia que puedan jugar a favor y en contra de ambas partes contratantes. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de octubre de 1.981 es característico de estos contratos, "*del alea su bilateralidad y, por lo tanto, que el riesgo a la eventualidad de la ganancia y la pérdida ha de ser común a ambos contratantes*". No obstante esta conceptualización como contrato bilateral en cuanto al riesgo que se asume en el momento de su nacimiento, las sucesivas liquidaciones no hacen surgir obligaciones recíprocas, sino la obligación unilateral de pago para una sola de las partes, de tal manera que el Banco contratante realizará el correspondiente cargo o abono en la cuenta de referencia en función del resultado del riesgo. Las llamadas liquidaciones, que suelen pactarse entre las partes, vienen a constituir hitos temporales que marcan en un momento temporal determinado la ganancia o la pérdida eventual, que forma parte del riesgo propio de estos contratos.

Tras la abundante jurisprudencia recaída sobre el contrato de permuta financiera y los numerosos artículos doctrinales sobre ello, lo cierto (y pese a lo alegado habitualmente por las entidades financieras) es que el cliente nunca se va a beneficiar de la bajada del Euribor porque lo que pierde el Banco (por ejemplo, en un contrato de préstamo hipotecario), lo recupera a través del contrato de permuta financiera. La verdad es que si la tendencia de estos últimos años hubiera sido la de incrementos periódicos del Euribor -y no, como es lo actual, de bajadas sucesivas- los Bancos no ofrecerían a sus clientes este tipo de productos por mucha estabilización de tipo de interés que se persiguiera. Además y siguiendo el ejemplo del préstamo, por ser el más sencillo, lo que pagase el Banco a su cliente, por subida del Euribor, lo recupera el Banco, por la vía del incremento de las cuotas mensuales del préstamo hipotecario, máxime cuando no tienen señalado un "techo" y en cambio todos suelen tener señalado un "suelo" (véanse

las sentencias recaídas declarando su nulidad e incluso con efectos retroactivos, a partir de la SS. 09.05.13). Y ello se trae a colación de las alegaciones de la demandada que, como suele suceder en estos casos, se escudan en que el Banco "también pierde cuando las liquidaciones son a favor del actor" y que mientras el cliente percibe sus liquidaciones positivas, nunca se queja, aun cuando en este caso resulta reveladora la actitud del Sr. XXXXXXXX que acudió al Banco en las dos ocasiones en las que le ingresaron 500 euros a su favor, lo cual le pareció extraño. Obviamente, y máxime cuando en primer lugar aún no se ha percatado del error y en segundo lugar porque la información en base a la cual prestó su consentimiento para celebrar el contrato no es completa, suficiente, rigurosa ni mucho menos exacta. En cuanto al carácter de mercantil o de empresa de la actora, ya aclaró el Letrado de la demandante en la Audiencia Previa que no se ha amparado en absoluto en la normativa de consumidores. Es más, la sociedad demandante XXXXXXXX actúa en el ámbito de su actividad profesional en la medida en la que los contratos que ha suscrito tienen por objeto la cobertura de los riesgos derivados de su propia financiación, teniendo presente que el importe que figura como nominal está claramente vinculado al contrato de arrendamiento financiero suscrito con la demandada.

En este caso no cabe duda de que las cláusulas del Contrato Marco "CMOF" son condiciones generales de la contratación, al venir dispuestas por la propia demandada, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (artículo 1 de la citada Ley). La nulidad, pretendida viene contemplada expresamente como sanción en el artículo 8 de la LCGC, por el que "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". No obstante, en todo caso, de la lectura detallada de la demanda no se desprende que se esté invocando la nulidad de cláusula en concreto o de condición general en concreto por considerarse abusiva por existir desequilibrio en las prestaciones, o práctica contraria a las exigencias de la buena fe, o falta de reciprocidad, sino que la demanda está centrada en el vicio de elementos esenciales contractuales, relacionado con los defectos formales sin basarse en la citada LCGC.

Existen una serie de importantes indicios que, como se verá, apuntan a que la actora no fue informada debidamente de las características del producto contratado y que en cambio la demandada buscó su beneficio en dicho contrato. Asimismo resulta sorprendente la firma del CMOF en fecha posterior (16.08.06) al que ya se aludía en los swap de 31.07.06 en los apartados 7.1, 7.2 y 7.3 en los que las partes se obligaban a confirmar por escrito, por correo o por medio de sistema de mensajes electrónicos.

Cuarto.- Análisis de los contratos de permuta financiera de 31.07.06 (CMOF) y su posterior Confirmación (swaps crecientes con barrera y compensación) de 16.08.06. Nulidad total del contrato por ausencia de válido consentimiento. Deber de transparencia.

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante los siguientes documentos:

- 1.- documento n. 1 de la demanda: escritura de constitución de la sociedad actora.
- 2.- documento n. 2 de la demanda: copia del contrato de leasing sobre la nave.
- 3.- documentos n. 3 de la demanda: escritura de préstamo hipotecario.
- 4.- documento n. 4 de la demanda: CMOF de 31.07.06.
- 5.- documento n. 5 y 6 de la demanda: órdenes de contratación de los dos swap creciente con barrera.
- 6.- documento n. 7 y 8 de la demanda: contratos de confirmación de los citados swaps crecientes con barrera.
- 7.- documento n. 9 de la demanda: publicidad de la demandada "cobertura davant l'alça de tipus".

- 8.- documento n. 10 de la demanda: gráfica de fluctuaciones de tipos de interés.
 - 9.- documentos n. 11 a 16: diversas noticias acerca del Euribor en dicho período.
 - 10.- documento n. 17 de la demanda: burofax remitido a la demandada acerca de la situación del actor y queja al respecto.
 - 11.- documento n. 18 de la demanda: extractos de movimientos de la cuenta corriente donde se cargaban las cuotas desde 31.08.07 hasta 08.06.12.
- Por su parte, la demandada presenta documentos coincidentes (CMOF) y los folletos sobre este producto.

Con este tipo de productos se obtienen liquidaciones o canjes periódicos cuyo resultado positivo o negativo para el cliente depende del comportamiento del índice elegido y que normalmente son tipos de interés pero que puede tratarse del precio de una materia prima u otro valor fluctuante.

No obstante en este caso y tras la lectura de los dos contratos, se parte de un capital pactado o nocional (450.00 euros y 200.000 euros respectivamente) y se fija un tipo de interés fijo. En la confirmación consta un importe nominal de 436.000 euros y 196.800 euros respectivamente, con unos flujos que parten del Euribor a 12 meses, recibiendo el cliente dicho Euribor calculado sobre la base del nominal, y a cambio paga un tipo fijo creciente que se halla en el cuadro de flujos del anexo I (3,44 % el primer año, 3,74% el segundo año., 4,04% el tercer año, 4,34% el cuarto año, 4,64% el quinto año y el sexto). Es evidente que cuando se polemiza acerca del concepto de "seguro" que los clientes ponderan en casi todos los casos y el presente no es una excepción, no se refiere al contrato de seguro que sin duda hay que firmar imperativamente, por ejemplo, en un contrato de préstamo hipotecario, sino al término coloquial que "asegura o cubre" ante la otrora tendencia alcista del Euribor.

En cuanto a la restante prueba practicada, la testifical de Don XXXXXXXX demuestra que solamente tiene estudios elementales (al igual que su esposa que es la administradora de la empresa familiar y la firmante de los contratos) y carece de asesores, no era cliente de la entidad demandada y necesitaba adquirir la nave para la explotación de su negocio de hostelería, a cuyo fin y en un encuentro con el director de la sucursal Sr. XXXXXXXX, éste le persuadió de la conveniencia de efectuar todas las operaciones con su entidad. Existía un conocimiento previo y una confianza del futuro cliente en el director de la oficina. Ciertamente, el préstamo hipotecario, el contrato de leasing y los dos contratos de swap se hallan unidos en tiempo y lugar. La creencia del cliente era la de cubrirse ante vuelcos del mercado, tal como se hallaban entonces los tipos de interés. Por su parte, el Sr. XXXXXXXX ha declarado con bastante esfuerzo memorístico, pues no ha recordado ni un solo detalle o frase o documento que le fuera exhibido al cliente (según él, debido al tiempo transcurrido) que en efecto el actor no era cliente de su entidad antes de esta operación. Al testigo se le ha insistido en las preguntas con el fin de saber cuál fue su exacta intervención y cuál la del Gerente, sobre quien parece recaer la responsabilidad. Lo cierto es que la operación fue aprobada en los términos que recogen los hechos probados y que el cliente fue firmando las sucesivas hojas sin que se haya probado, y era carga de la demandada, la diligencia de la entidad en las explicaciones que pudiera haber dado. No consta en absoluto acreditado que se hiciera una simulación o que el cliente supiera que existían unos determinados riesgos. Tras el careo entre ambos, se evidencia que el Sr. XXXXXXXX no ha podido explicar qué le dijo al cliente y en qué términos y por el contrario ha quedado claro que Don XXXXXXXX salió de la oficina bancaria con el convencimiento de que había firmado algo muy ventajoso para él. Es cierto y no lo niega el testigo Sr. XXXXXXXX, que Don XXXXXXXX le preguntó cuando recibió un abono de 500 euros pero que le dijo que "el contrato era sí". Al recibir un cargo de 1.300 euros (aproximadamente), el cliente se alarmó y acudió de nuevo al Sr. XXXXXXXX que le dijo, entonces sí, que podía suceder que tuviera que pagar al Banco.

El testigo Sr. XXXXXXXX, director de la oficina, manifiesta que se trataba de congelar la cuota en una especie de cobertura. Que no recuerda la conversación exacta, que él sí ha recibido cursos sobre esta materia, no así el otro testigo, y que hay un protocolo. Lo

que no ha quedado claro es qué protocolo se siguió en este caso. Los folletos aportados no demuestran que se hiciera una simulación al cliente ya que ningún testigo recuerda cómo se utilizaron en este caso (si es que lo hicieron). El testigo (Gerente) ha comentado asimismo que existía una gestoría que les proporcionaba clientes y que el negocio de restauración del Sr. XXXXXXXX era uno de ellos. Que como Gerente no tiene facultades de riesgo. Tras el careo entre el cliente y el Gerente, asimismo se evidencia que no se sabe qué conversación o entrevistas mantuvieron. El testigo Sr. XXXXXXXX manifiesta que en un año pudo contratar unos 4 o 5 contratos de permuta financiera, de modo que el número de contratos es lo suficientemente ínfimo como para recordar qué protocolo se seguía pero en el caso concreto no lo recuerda. En el careo, el actor le ha manifestado al Gerente su sensación inicial de haber contratado algo positivo para su negocio y que al cabo del tiempo comprobó que no era así y que el coste era muy elevado.

Está claro el proceso mental del cliente: tiene contratada una hipoteca o una póliza de crédito o de descuento o un leasing, el interés (el tipo) va subiendo de modo progresivo y cuando acude a su entidad, en múltiples ocasiones, manifiesta sus temores de no poder afrontar la cuota el día menos pensado. En todos los casos la operativa es semejante. El perfil del cliente es parecido. Y la complejidad del producto no admite dudas. Y de ahí que la normativa bancaria sea rigurosa con estas contrataciones porque implican un riesgo que juega, a su vez, con los temores del cliente "de toda la vida". A nadie se le escapa la dificultad de la terminología bancaria y que la capacidad de una persona medianamente formada no alcanza a comprender aquello que no consta escrito. Por eso estos productos, que incluso el Síndic de Greuges ha calificado como de mala praxis bancaria, requieren un plus de información que no queda cumplimentado con una conversación de contenido coloquial. Ni mucho menos con la firma "en bloque" de una serie de documentos de contenido complejo y con remisiones a cuadros anexos de flujos donde aparecen otros términos igualmente complicados. Los contratos de autos se enmarcaban en un CMOF que detallaba las condiciones de su operatividad. La aportación de los documentos 7 y 8 (Confirmaciones del swap creciente con barrera y compensación) no demuestran que el actor conociese y entendiese los términos del mismo y como se ha dicho, que el contrato desplegase efectos durante un tiempo no impide ejercitar posteriormente la acción de nulidad o de anulabilidad o de resolución, pues de otro modo sería imposible ejercitarlas siempre que los contratos hubieran empezado a surtir algún efecto.

La cuestión es que el Banco no pierde en la operación. Así, normalmente y en los casos de hipotecas, lo que se busca con la suscripción de la permuta financiera es cubrir o paliar los riesgos de posibles subidas en el tipo de interés variable (Euribor) pactado en el préstamo hipotecario, de tal suerte que de producirse el alza del mismo el cliente se vería compensado por lo que obtenía en virtud de la permuta financiera, mientras que si el Euribor descendía, las liquidaciones negativas que comportaba para la cliente quedaban también amortizadas por lo que debía satisfacer de menos al Banco en virtud de la hipoteca; los clientes entonces entienden que se trata de un seguro, aunque no lo es, pero lo que sí tenían claro es que el contrato paliaba las posibles subidas del tipo de interés variable. Esto en teoría, pues en los préstamos hipotecarios se había pactado un tipo mínimo o «cláusula suelo»; no así, por lo general un tope máximo, pues el único que se preveía lo era sólo a efectos hipotecarios, de tal forma que ante una caída del Euribor, como así sucedió, los abonos que tenía que hacer el cliente en virtud de la permuta financiera, como consecuencia de la bajada del tipo de interés, no tenían el correspondiente reflejo en los abonos derivados del préstamo, como consecuencia del tipo de interés mínimo pactado en dicho préstamo. En este sentido la SAP Badajoz, Sección 2.^a, de 24 de mayo de 2012 (LA LEY 68805/2012). En este caso, el actor necesitaba la nave para la explotación de su negocio y se supeditó su obtención a la firma del contrato de permuta financiera.

En definitiva, que sería un beneficio ilusorio para el cliente: lo que paga de menos en leasing, como era asimismo el caso de la actora, según sus propias manifestaciones, lo

paga en la permuta financiera; la conclusión es que el Banco nunca pierde, porque si el Euribor sube por encima del tipo fijo elegido en la permuta financiera el Banco, paga al cliente; lo cual en las fechas y en la situación en que se encontraba y se encuentra el mercado interbancario y la situación del Euribor, es prácticamente imposible, es decir, el Banco, prácticamente nunca va a pagar al cliente porque, repetimos, en la situación actual y en la situación de 2006, era prácticamente una ilusión que el Euribor estuviera por encima del 4,866%; en cambio, en aquella época y en la actual, es la regla general la bajada del Euribor, siendo que a fecha de hoy su valor es de 0'097%; la conclusión es que el cliente siempre va a pagar al Banco. Basta para comprobar estos razonamientos con echar un vistazo a la prensa económica del 2006 y a la de ahora. El euribor en 01.08.06 era del 2,835%.

Esto supone que las permutas financieras o los contratos que incorporan cláusulas de este tipo tienen un alto componente especulativo y por consiguiente un elevado riesgo, al igual que ocurre con los derivados, en las operaciones bursátiles. En el acto del juicio los careos demuestran que las entrevistas, fueran dos o fueran cuatro, no acreditan la corrección de la información suministrada y lo cierto es que la idea básica es de seguridad frente a dichas subidas. En suma, el perfil del cliente no era otro que el de deudor (empresario) enfrentado a la subida del tipo de interés y temeroso de no poder pagar las cuotas del leasing y se le propone la permuta financiera como si ello fuera "cambiar la inseguridad por la estabilidad frente a las subidas". Y es que no duda quien ahora resuelve que el Sr. XXXXXXXX creería –incluso de buena fe, entonces– que lo que vendía era bueno para el cliente al que se supone profesaba cierto aprecio por la confianza de varios años de contacto entre ellos. El conflicto de intereses reside en el deber del otrora Director de la oficina de vender el producto que su empresa le ha encomendado o bien no hacerlo en el caso de que fuera consciente del alcance de su operación. Se ha probado que la actora estaba convencida de que contratarlo era a coste cero pero también ignoraba que cancelarlo conllevaba un coste.

En cuanto al extremo central de este caso relativo a la información suministrada al cliente, cuya ausencia o insuficiencia determina la inexistencia del contrato, se ha probado la falta de información sobre el producto y el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de las exigencias formales de la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y de la Ley de Mercado de Valores, fundamentalmente. El artículo 48 de la Ley 26/1988 dice lo siguiente,

Artículo 48

1. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberá sujetarse el balance y la cuenta de resultados de las entidades de crédito, así como los balances y cuentas de resultados consolidados previstos en la Ley 13/1985 de 25 de mayo, disponiendo la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberán ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de crédito. En el uso de esta facultad, cuyo ejercicio podrá encomendar el Ministro citado al Banco de España, no existirán más restricciones que la exigencia de que los criterios de publicidad sean homogéneos para todas las entidades de crédito de una misma categoría y análogos para las diversas categorías de entidades de crédito. Para el establecimiento y modificación de las señaladas normas y modelos, con la excepción de los estados contables reservados, será preceptivo el informe previo del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:

a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las

mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos.

b) Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito.

c) Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación.

d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización.

e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.

Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales señalados en el párrafo precedente.

f) Extender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.

g) Regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica.

h) Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

3. Las normas que se aprueben al amparo del número 1 anterior tendrán carácter básico conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.11.^a y 13.^a de la Constitución. Las disposiciones que, en el ejercicio de sus competencias, puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en el número 2 anterior no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que derive de las disposiciones que se aprueben por el Ministro de Economía y Hacienda al amparo de dicho número.

Y todo ello con la finalidad de proteger al cliente a fin de que éste conozca el producto y pondere si es adecuado a su situación financiera. Siendo dicho precepto aplicable al caso, no hay prueba por parte de la demandada a tenor del artículo 217 LEC que acredite que el proceso cumpliera con estas normas.

No ha quedado acreditado que el actor recibiera información acerca del sentido,

finalidad, alcance y riesgos del contrato que estaba firmando, pudiendo concluirse que la falta de información unida al tipo de producto bancario que estaba contratando, le llevaron a un error esencial sobre condiciones esenciales del contrato.

En parecido sentido y dentro de su ámbito de aplicación cabe citar la obligación de información sobre instrumentos financieros de modo que permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico de instrumento financiero, pudiendo adoptar decisiones conocimiento de causa, que se contiene en el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores.

Toda esta normativa dirigida a las entidades bancarias abunda, en definitiva, en una exigencia precontractual, de entrega de documentos informativos y descriptivos, que dote de una "sobre información" a los clientes que contratan con entidades bancarias determinados productos de difícil comprensión, con la única finalidad de que el cliente pueda adoptar una decisión con pleno conocimiento, en especial de los riesgos que implica.

En el presente caso no consta que dichas obligaciones de información hayan sido cumplimentadas por la entidad demandada a su cliente aquí demandante. Desde la óptica puramente contractual, el incumplimiento de la anterior normativa, verificada en este caso ante la ausencia de información precontractual, no determina por sí solo la nulidad del contrato por vicio del consentimiento. Pero, sin duda, la falta de la anterior información es un elemento de peso importante que permite concluir que una persona como Don XXXXXXXX, medianamente informada, aunque sin los conocimientos específicos sobre derivados o instrumentos financieros, como el SWAP, pudiera creer razonablemente que estaba contratando algo diferente de lo que realmente contrataba.

En efecto, ha quedado probado que la actora en su formación y experiencia profesional no ha tenido conocimiento de las permutas financieras de intereses, pues es un producto que, además, se ha puesto en el mercado de los usuarios bancarios en masa en fechas relativamente recientes.

La idea básica del producto es la siguiente: si el Euribor es superior al tipo fijo marcado en el contrato, el cliente recibe dinero en una liquidación positiva y si es inferior el cliente paga dinero al banco en una liquidación negativa. El resultado incierto del "alea", de la suerte de que el EURIBOR baje o suba del porcentaje depende de que suba o baje del tipo fijado en el contrato. En nuestro caso el cliente ya manifiesta sus temores al recibir la primera liquidación positiva.

Todos los clientes bancarios merecen una protección adecuada. Recordemos que el art. 9.2 de la CE establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Por lo tanto, los Jueces y Tribunales, como integrantes de los poderes públicos constitucionales, tienen el deber de velar por que las condiciones entre las partes estén presididas por el principio de igualdad real y efectiva y remover los obstáculos que lo impidan, y especialmente en los supuestos como el que nos ocupa donde el contrato bancario es redactado unilateralmente por una sola de las partes, la entidad bancaria, y sin participación alguna por parte del cliente que, no olvidemos, no tiene la misma capacidad económica ni jurídica que la entidad bancaria, en el sentido de que debe limitarse a suscribir un contrato bancario cuyas cláusulas y condiciones ya están prefijadas de antemano por el banco pues es un contrato de adhesión.

Recientemente, el Síndic de Greuges se ha pronunciado al respecto de las malas praxis bancarias en este sentido (actuación de oficio 000610/2012 a raíz de las participaciones preferentes):

Eliminació de les males pràctiques comercials

Els bancs i les entitats financeres s'han d'implicar activament a eliminar les males pràctiques en la comercialització dels seus productes. A banda de les garanties jurídiques i el compliment dels requisits legals, s'ha de tenir present la dimensió ètica, ja

que darrere de cada operació comercial no només hi ha un client i una oportunitat de venda, sinó una persona els drets de la qual han de ser respectats.

Als consumidors se'ls ha de lliurar una informació detallada i completa

En línia amb el punt anterior, els bancs i les entitats financeres han de facilitar informació detallada, completa i comprensible als consumidors sobre els productes que ofereixen, especialment si es tracta dels col·lectius especialment protegits pel Codi de consum de Catalunya. La immensa majoria dels clients de la banca no és experta en finances, per la qual cosa explicar la bondat dels productes en llenguatge financer pot ser jurídicament correcte, però èticament trampós. Per aquest motiu:

1) És fonamental que els consumidors que contractin productes financers tinguin, abans de la formalització del contracte, un ple coneixement del producte que subscriuran, de les seves característiques, del risc de la inversió i de si està cobert o no per algun fons de garantia.

2) Els bancs i les entitats financeres s'han d'assegurar que en els processos de comercialització dels seus productes el consumidor rep una informació veraç sobre la veritable naturalesa del producte i que, a la vegada, el consumidor ha estat advertit de manera fefaent dels riscos que en comporta l'adquisició.

3) Cal implantar un sistema fàcil d'identificació gràfica dels productes financers que permeti als consumidors menys experts en finances visualitzar-ne el risc a primer cop d'ull.

En aquest sentit, el Síndic subscriu la recomanació del Defensor del Poble a la CNMV que demana que "se promuevan actuaciones eficaces de información dirigidas a los usuarios financieros para que, antes de formalizar cualquier contrato de productos de inversión, tengan conocimiento pleno de qué producto se está contratando, del riesgo de la inversión, y si están cubiertos por alguno de los fondos de garantía".

Ante la oferta de una cobertura sin costes como algo adicional al préstamo que ya se tenía con la entidad, lo normal era que el cliente pensara que era algo accesorio y carente de riesgo, dirigido a protegerse.

La validez del swap pasa porque la entidad financiera informe de manera clara y transparente al cliente (alertándolo de modo expreso) de que éste opera no sólo en los escenarios alcistas del Euribor que motivan la suscripción del contrato, sino también cuando el Euribor baja; y pasa además porque la entidad financiera proporcione al cliente la información de que disponga acerca de la tendencia alcista o bajista de los tipos. Con esta información, el consentimiento del cliente (aceptando el riesgo que la permuta de tipos supone) resulta válido. Sin ella, el consentimiento del cliente no es un consentimiento informado sino desinformado, viciado de ignorancia o error y por tanto no es un consentimiento válido sino nulo, que anula el contrato, como se verá.

Respecto del nivel de formación del cliente, cuestionado por la demandada, hay que decir que tener una elevada facturación no es relevante a estos efectos ni convierte al cliente en un experto. Recuérdese al hilo de lo expuesto que el artículo 78 bis 3, c) de la LMV considera que son clientes expertos "Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

- 1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;
- 2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;
- 3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros".

No basta con un elevado importe de facturación. Por supuesto tampoco se cumplen las condiciones de la letra e) para renunciar a la condición de minorista.

Esto es importante ya que si partimos de la identificación del cliente como no profesional y se ha interpuesto una acción con base a la existencia de un consentimiento viciado por error y debido a la complejidad del producto y la deficiente información, la carga de la prueba de la adecuada información sobre el producto recaerá sobre la entidad financiera demandada. No hay duda de que no es posible demostrar un hecho negativo

como es la falta de información, por lo que será la demandada la que podrá y deberá acreditar la adecuada información al cliente ya que al no ser profesional no puede presumirse que conoce el producto.

No existe una ley específica que regule las permutas financieras pero la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, establece en su considerando (2) que "En los últimos años ha aumentado el número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encuentran una gama mucho más compleja de servicios e instrumentos. Esta evolución aconseja ampliar el marco jurídico comunitario, que debe recoger toda esa gama de actividades al servicio del inversor. A tal fin, conviene alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección y permitir que las empresas de inversión presten servicios en toda la Comunidad, ya que se trata de un mercado único, tomando como base la supervisión del país de origen. En vista de lo anterior, la Directiva 93/22/CEE debe ser sustituida por una nueva Directiva". El considerando (3) añade que "Debido a que los inversores dependen cada vez más de las recomendaciones personalizadas, es conveniente incluir el asesoramiento en materia de inversión entre los servicios de inversión sujetos a autorización". La trasposición de esta directiva ha dado lugar a la reforma de la Ley del Mercado de Valores (LMV). Esta norma es aplicable al tema que ahora nos ocupa ya que su artículo 2.2, al regular el ámbito de aplicación, menciona los "contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo", lo cual encaja con el concepto que ya he definido.

El Servicio de Reclamaciones del banco de España (SRBE) ha puesto de manifiesto que esta Directiva evitará en el futuro que los clientes corran el riesgo de adquirir productos cuya complejidad, es posible que ni siquiera la red comercial de las propias entidades logre comprenderlos/explicarlos con total claridad (memoria 2008, Pág. 207-208). También la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica se refiere a este tipo de productos aunque dentro de los préstamos hipotecarios y exigiendo una adecuada información al cliente.

A esta normativa general debe añadirse todo el cuerpo de normas relativas a la transparencia o información bancaria, ya que lo que en este caso se debate, en realidad, es sobre la información suministrada por la entidad demandada. Así, cabe destacar el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ya transscrito, que faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, pueda dictar normas que garanticen la claridad y transparencia de las operaciones financieras. Fruto de esta habilitación destaca la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, por la que se fijan los tipos de interés y comisiones, así como las normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito. También resaltan dentro de este grupo de normas sobre transparencia bancaria, la Orden EHA/1665/2010, de 11 de junio, por la que se desarrollan los artículos 71 y 76 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en materia de tarifas y contratos-tipo.

El Banco de España a su vez, emitió la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela en cuya norma 3^a, punto 1, párrafo cuarto se indica que "En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se

tarifarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad". Actualmente y para redundar en esa esencial transparencia de las operaciones citadas se ha promulgado la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Existe prueba suficiente que evidencia que la actora no fue informada debidamente de las características del producto contratado y que en cambio la demandada buscó su beneficio en dicho contrato.

Se considera a este tipo de producto más especulativo que de cobertura, sin que sea, en realidad, un producto de cobertura y además es independiente de cualquier otro producto que se tenga contratado porque aunque se cancele, el otro contrato sigue vivo. No evita la fluctuación de los tipos y debido al coste de cancelación es gravoso en todo caso porque en el caso de autos no consta el coste pero lo normal es hacerlo a precio de mercado. Asimismo este tipo de contratos son ineficaces para garantizar el pago de créditos a un tipo fijo, ya que la compensación de la horquilla contratada solo se percibe al final de la duración del contrato, debiendo asumir mientras cualquier subida o bajada de tipos. Lo normal es ofrecer, a este tipo de clientes, un crédito a tipo de interés fijo si lo desean y el perfil adecuado para este producto es el de financiero alto. Y consta otro dato muy relevante que omite la demandada y que la actora ignoraba: el cliente solamente recibirá la compensación por la horquilla de tipos de interés contratada al final de la vigencia del contrato, con lo cual cabe que tenga que contratar préstamos adicionales para poder hacer frente a esos pagos.

Como ya ha sostenido este Juzgado en anteriores sentencias, si el cliente deseaba contratar un producto que le cubriera del riesgo de subida del Euribor, lo lógico hubiese sido esperar a que se aproximaran las fechas en que iban a comenzar a aplicarse los tipos de interés variable (acercarse más al año 2009), pues más próximos a esas fechas resultaba posible conocer con mayor exactitud el escenario (alcista o bajista) del tipo de referencia, y por tanto consentir o no el contrato con un conocimiento más cabal de su objeto. Es evidente que de haberse esperado a esas fechas, con el Euribor ya muy bajo, el cliente no hubiese firmado el contrato.

Se reiteran, pues, los fundamentos que se han hecho constar en otras sentencias por tratarse de un supuesto análogo, y especialmente ante los argumentos de la demandada relativos a la bajada abrupta del Euribor y que debe tenerse en cuenta que al momento de la contratación del producto (que data en 16.08.06) el Euribor estaba en máximos históricos tras una corriente alcista que duraba más de dos años. Teniendo en cuenta que la 1^a liquidación negativa data de 2009 en ambos contratos (documento n. 18 demanda), las entidades financieras eran conocedoras de que en el segundo trimestre del 2008 los tipos de interés habían superado el 5 %, llegando a cotas máximas y que el FMI preveía una recesión o como mínimo un estancamiento en el crecimiento económico. En este escenario, la entidad decide recomendar al cliente un producto para protegerse de la subida de los tipos cuando, recordemos, el tipo de interés de ese momento era máximo y había una crisis económica en ciernes, lo que hace presumir que CATALUNYA BANC pudo manejar información de que se estaba en los inicios de una fase tendencialmente bajista, y por eso sometió a la consideración de su cliente la firma del contrato.

Por otra parte, hablar de "cobertura de riesgo" es peligroso cuando el receptor de la información no sabe lo que realmente significa y la idea que en él permanece es la de protegerse frente a las fluctuaciones del tipo de interés. Pretender presentar ahora a la actora como una suerte de especuladora que quería ganar dinero con esta operación y que tenía pleno conocimiento del objeto del contrato es realmente sorprendente. La

demandada insiste en que quien debía ser diligente era la actora, pero carece de sentido pensar que una persona que no es un profesional del sector financiero firme este contrato si no es a iniciativa de su entidad y convencida de que le beneficia, con el agravante en este caso de que si no lo firmaba, no hubiera contratado el leasing y el préstamo hipotecario. Ante la oferta de una cobertura sin costes como algo adicional, lo normal era que el cliente pensara que era algo accesorio y carente de riesgo, dirigido a protegerse. Subyace una relación de confianza en la entidad, que genera una buena predisposición del cliente que piensa que contrata algo adjunto o accesorio cuando en realidad está contratando otro producto totalmente autónomo. Así se han ido introduciendo los swaps, de modo fluido y natural, como reflejan las sentencias dictadas hasta la fecha que consideran probada tanto la confianza previa como el consentimiento viciado posterior. Hablar de "sin costes" y de "cobertura" es algo que provoca un fatal error en el cliente que cree que se cubre frente a lo perjudicial (subidas del tipo de interés). El Euribor es un índice creado en el mes de junio de 1999 y no basta con decirle al cliente que hay gráficas que indican su evolución sino que se deben explicar. Además la demandada se refiere al volumen de endeudamiento del cliente pero no detalla en qué conceptos ni por qué operaciones o contratos haciendo recaer la responsabilidad del posterior desastre en el propio cliente. La verdad es que no sabemos ni siquiera tras la celebración del juicio a qué se refiere la demandada ni cuáles fueron sus estudios previos antes de concluir que la actora era un cliente potencial de swap, aunque no mencione el término.

En efecto, si concurre vicio del consentimiento al contratar, la conducta posterior de uno de los dos contratantes carece de significado alguno porque precisamente el reclamo de la "seguridad" que se le ofrece integra el comportamiento doloso que justifica la nulidad del contrato: se ofrece esa cobertura frente a los tipos de interés al cliente sin informarle del riesgo, y por ello cuando cobra una liquidación positiva sigue sin comprender el alcance del riesgo asumido. Y cuando ya lo comprende o puede llegar a comprender está atrapado por el producto contratado. Si el cliente hubiera querido apartarse del contrato suscrito al mes siguiente de haberse contratado se le habría invocado la cláusula de vencimiento anticipado (cláusula 9a) y se le habría exigido un coste en función de que se aplique el criterio del valor de mercado o el criterio de valoración sustitutiva. No se explica tal penalización (porque lo es) en el Anexo o clausulado. La conducta del cliente que se mantiene en el contrato entra en la lógica de esperar por si mejora el tipo de interés y para que la pérdida sea menor, pero esa conducta no supone aceptación del cúmulo de incumplimientos de los deberes de información, diligencia y transparencia, y es solo una respuesta a una situación a la que se ve abocado el cliente de la entidad de crédito: ante las pérdidas que podría suponer la cancelación se mantiene en esa misma expectativa de confianza en la estabilidad del tipo de interés (oscilará a la baja, pero poco, o tal vez vuelvan a subir, quién sabe, acaso suba el Euribor etc.). Es más, tal y como se indica en algunas sentencias "tal cambio de tendencia no era previsible cuando se suscribieron los productos, y el mismo se debió a un hecho no previsto por la gran mayoría de los operadores económicos cual fue la crisis económica que estalló en el verano de 2007 con la crisis de las "hipotecas subprime" y se agravó en septiembre de 2008 con la quiebra del banco "Lehman Brothers" crisis que provocó una falta de liquidez en el sistema...". A partir de tal afirmación se infieren, al menos, dos datos importantes: que en el verano de 2007 ya se produjo la crisis y que el desplome mayor se produce en septiembre de 2008. Por todo ello, de tan claros datos cabe deducir sin demasiado esfuerzo intelectual que la entidad bancaria ofreció el producto cuando la crisis ya era patente (y con ella la previsible bajada del Euribor) y que el cliente sólo la pudo percibir de modo evidente cuando se agudizó en el 2009 y si cancelaba la operación se veía obligado a pagar una suma superior a la que finalmente se le pudiera reclamar por la entidad. Ante semejante panorama no cabe considerar que el cliente se mantuviera en el contrato para lucrarse, sino, primero, para protegerse de un cataclismo económico mucho mayor y segundo, porque el Banco no le dio otra opción salvo la del coste anticipado de cancelación.

El cliente confía en la oficina de siempre, de toda la vida, a quien acude y con quien gestiona la mayor parte del volumen de operaciones de su empresa. Eso es "asesorar" para la mayoría de empresarios minoristas.

La validez del swap pasa porque la entidad financiera informe de manera clara y transparente al cliente (alertándolo de modo expreso) de que éste opera no sólo en los escenarios alcistas del Euribor que motivan la suscripción del contrato, sino también cuando el Euribor baja; y pasa además porque la entidad financiera proporcione al cliente la información de que disponga acerca de la tendencia alcista o bajista de los tipos. Con esta información, el consentimiento del cliente (aceptando el riesgo que la permuta de tipos supone) resulta válido. Sin ella, el consentimiento del cliente no es un consentimiento informado sino desinformado, viciado de ignorancia o error y por tanto no es un consentimiento válido sino nulo, que anula el contrato, como se verá.

Por ello se considera, como elemento esencial, la necesaria información sobre los riesgos que asumía el actor al contratar la permuta financiera; y sin conocer con exactitud esos riesgos y las obligaciones que asumía cada parte, en la diversidad de supuestos posibles, no puede decirse que la voluntad y el consentimiento del cliente se formase y se manifestase con pleno conocimiento y con plena libertad, al estar su consentimiento viciado por una información errónea del objeto del contrato; y sobre la necesaria equivalencia de prestaciones que debe perseguir cualquier modalidad de contratación. **Si el cliente bancario no puede, por falta de información adecuada, obtener un conocimiento exacto del alcance de las cláusulas contractuales, ello equivale a una voluntad negocial inadecuadamente formada lo que conduce a la inexistencia de un consentimiento válido y por tanto a la nulidad del contrato en base al art. 1266 del C.C.** De ahí que pueda perfectamente anularse el contrato de SWAP por falta de información, como de hecho así ha de ocurrir en el supuesto enjuiciado, pues, no se informó al cliente (hecho negativo cuya carga de la prueba corresponde al Banco), cuando firmó el contrato, que el producto más que proteger al cliente frente a las subidas del tipo referencial, en realidad protege al Banco frente a las bajadas del mismo tipo referencial. La aceptación de las liquidaciones positivas no tiene ninguna relevancia porque, tal como sostiene la Sección 4a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de Febrero del 2011, el hecho "de que cuestionen la validez del contrato a partir del momento en el que los saldos comienzan a ser negativos no supone la convalidación por el comportamiento anterior, pues es sólo entonces cuando alcanza a comprender el error sufrido, más aún si se tiene en cuenta que sólo en ese momento conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de esos productos, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión".

La SAP de Pontevedra del 07.04.10 sección 1^a afirma lo siguiente, "Pues bien, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba por lo demás obligado a proporcionar, acerca de las características de los productos clips Bankinter suscritos por las demandantes -en quiénes concurriría la condición de clientes minoristas, a tenor de la reformada normativa de la Ley de Mercado de Valores por Ley 47/2007, de 19 de diciembre - así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, al punto de concretarse en los términos que se han dejado expuestos en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en las demandantes sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento. Siendo especialmente resaltable la desinformación, incluso tras una detenida lectura de las cláusulas de los contratos litigiosos, acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes (al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de

dicha facultad -precio de cancelación- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada), de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1300 y siguientes del CC, procede declarar la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes del modo indicado en la parte dispositiva de la presente resolución, lo que comporta el acogimiento sustancial de la demanda y consiguiente estimación del recurso de apelación interpuesto por las entidades actoras".

CATALUNYA BANC no ha cumplido con la carga procesal de acreditar que cumplió de una forma efectiva y adecuada con la obligación de información, tal y como se acaba de definir. En conclusión, pues, concurren en el supuesto enjuiciado las condiciones para que el error sea invalidante del consentimiento prestado por la actora: a) error sustancial, que recae sobre condiciones esenciales del contrato, que dieron motivo a su celebración, como son sus consecuencias económicas; b) que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de la persona y las exigencias de la buena fe (SS. 24/1/03; 12/11/04). Como la información suministrada al actor no fue clara, detallada, completa (sobre riesgos, volatilidad), adecuada al tipo de cliente no experto de qué se trataba, antes del contrato y al tiempo de su firma, quedó viciado el consentimiento prestado (art. 1261 y 1265 CC) al no tener plena conciencia del contrato que firmaba, pleno conocimiento de aquello a lo que se obligaba, de las obligaciones y riesgos asumidos.

Sobre el carácter excusable del error (arts. 1266 CC) hay que partir de la base de que Don XXXXXXXX, como se ha dicho, no es una experto financiero, es un cliente minorista, y no resulta fácil concretar las consecuencias económicas de las cláusulas del contrato, desproporcionadamente perjudiciales para el cliente, en caso de bajadas bruscas del Euribor. No se produjo una adecuada información de riesgos y consecuencias, no se entregó documento informativo precontractual (no se cercioró el Banco de que el cliente lo entendiese previa lectura reposada), no se informó de manera transparente y rigurosa de los riesgos de este instrumento financiero, para que el cliente pudiera haber consentido con pleno conocimiento de causa y, en suma, el contrato no cumple en sí mismo los requerimientos informativos necesarios para que una persona no avezada en tales productos financieros pudiera saber el verdadero alcance y significado de lo que firmaba.

La excusabilidad del error deriva de la falta de información o información insuficiente suministrada por la entidad bancaria recurrente sobre la que pesaba el deber de informar al cliente de manera clara y detallada, de suerte que si éste no entiende su verdadero alcance y contenido, si no era consciente de lo que firmaba la entidad bancaria no debió suscribir el cuestionado producto financiero. Y CATALUNYA BANC debió cerciorarse de ello, de su idoneidad y conocimiento. Ese defecto de información conduce a la falta de representación consciente de la realidad por el cliente y justifica su error. La actora pensó que se ofertaba un producto de cobertura, un seguro, para protegerse de posibles subidas de tipos de interés cuando en realidad suscribía un contrato de altísimo riesgo. Vicio del consentimiento que determina la nulidad del contrato (como se adelantó al inicio de los Fundamentos).

En consecuencia el contrato de swap de 28.07.08 es nulo totalmente **por vicio en el consentimiento al concurrir el error del art. 1266 C Civil** (Artículo 1266. Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección). Este error al que es inducido el actor recae sobre la esencia del contrato, su naturaleza jurídica, riesgos y consecuencias del

contrato y es un error relevante e inexcusable (invencible) por no serle en absoluto imputable al cliente. Por lo demás, 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 de los litigiosos, cabe extraer, entre otras, las siguientes consideraciones:

1.- El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza una importante **complejidad**.

2.- Por ello, **para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior** a la que posee la clientela bancaria en general. No es el caso del actor por lo ya reiterado.

3.- 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**. En este caso se contrató a toda prisa y por teléfono, al margen de que la normativa, en una forzada interpretación y bajo estrictas condiciones, lo admita.

4.- 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**. La reciente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios publicada en el BOE del pasado 29.10.11 lo evidencia aun cuando no sea aplicable. Hasta el punto de exigir que se de al cliente una detallada y exhaustiva información del coste, duración, naturaleza del instrumento de cobertura etc. (art. 24). Aún resulta más rigurosa la reciente Circular 5/2012 de 27 de junio del Banco de España antes citada.

5.- En definitiva, las entidades, antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera. En suma: la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen **una información trascendente** para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

Y más aún cuando la demandada, como el resto de entidades, disponen de la ventaja de contar con recursos económicos (índices macroeconómicos y el uso de la CIRBE entre otros) 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 (como sostiene la sentencia antes citada), 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 actora, no profesional), 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.

Este error radica en varios puntos esenciales o sustanciales del contrato. Resulta claro, por lo tanto, que la entidad bancaria demandada tomó la iniciativa contractual, esgrimió la eventual subida de tipos de interés, subrayó la falta de coste para el cliente, todo ello con la finalidad de lograr la firma del contrato (dos contratos) cuya validez ahora se discute.

Por todo lo explicado, se estima que la actora no fue debidamente informada y que consintió por error (sin cabal conocimiento del funcionamiento y las consecuencias del contrato, a causa –la ausencia de información suficiente- imputable a la demandada), de manera que su consentimiento está viciado y el contrato es nulo.

En atención a todo ello y al concurrir la aplicación del artículo 1265 del Código Civil, cuando dice que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar su nulidad total 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 recíprocamente (**SAP de Girona, sección 1, de 27 de Julio del 2011 - ROJ: SAP GI 983/2011**) y que en este caso supondrá que la demandada le restituya la suma de 20.493,72 euros cobrada, más los intereses al tipo legal desde la fecha de cada uno de los cargos hasta sentencia, e incrementado el tipo en dos puntos desde sentencia hasta el completo pago (1303 CC y 576 LEC). En suma, son nulos ambos contratos y todas las liquidaciones practicadas. La actora devolverá las liquidaciones positivas percibidas. Y respecto de las liquidaciones que se hayan devengado posteriormente a la interposición de demanda, se deberá igualmente restituir a la actora previa presentación de la oportuna liquidación en fase de ejecución de sentencia.

Tercero.- Costas.

Al resultar íntegra la estimación de la demanda, las costas del procedimiento se impondrán a la demandada (394 LEC). No se aprecian dudas de hecho ni de derecho pese a las numerosas sentencias dictadas en esta materia que incluso aporta la propia demandada. El número de estimaciones hasta la fecha es lo suficiente contundente como para no considerar dudosa esta cuestión, máxime cuando en lo relativo al error en el consentimiento hay que observar el caso concreto sin que quepa duda en el presente supuesto de la conducta de la demandada ni de la desinformación de la actora.

Visto cuanto antecede

FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Moratal en representación de XXXXXXXX contra CATALUNYA BANC representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Anzizu y en consecuencia,

1.- DECLARO la nulidad de los Contratos de Permuta Financiera (contratos de confirmación de permuta financiera Swap creciente con barrera y compensación y swap con barrera y compensación) de fecha 16.08.06 (relativos a los contratos de igual nombre de 31.07.06 CMOF) incluidos sus respectivos anexos de clausulado,

2.- CONDENO a la demandada a reintegrar a la actora todas las sumas indebidamente cargadas en la cuenta de ésta como consecuencia de dicho contrato que ascienden a la cantidad de TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS SEIS EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (33.506,18 €), así como cualquier otra cantidad que se hubiese cargado o se cargare por el mismo concepto de liquidación de los contratos con posterioridad a la interposición de esta demanda, y cuyo total importe se determinará en ejecución de sentencia, si fuera el caso, a la vista de los extractos bancarios (o documentos equivalentes) y la suma de todos los citados cargos. La demandada deberá igualmente retroceder los intereses u comisiones que se hayan generado por los saldos negativos.

3.- La actora DEVOLVERÁ a la demandada la suma de percibida en concepto de liquidaciones positivas (se compensará con las liquidaciones negativas).

4.- CONDENO a la demandada al pago de intereses al tipo legal del dinero desde la fecha en que se produjo cada uno de los cargos hasta sentencia, e incrementando el tipo en dos puntos desde sentencia hasta el completo pago.

5.- CONDENO a la demandada a pagar las costas procesales causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que admite recurso de apelación en ambos efectos, que deberá interponerse por escrito, en el plazo de los veinte días siguientes a la notificación, ante este juzgado y para ante la Audiencia Provincial. Artículo 458 LEC (Ley 37/2011).

No se admitirá el recurso si quien lo pretende no acredita, al prepararlo, que ha consignado en la cuenta de depósitos del juzgado la cantidad de 50 euros.

Por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos originales, definitivamente juzgando la primera instancia, la pronuncio, mando y firmo en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

Publicación. Dada, publicada y leída ha sido la anterior sentencia por la Magistrada que la dictó, constituida en audiencia pública, en el día de su fecha, de lo que yo, la secretaria, doy fe.