

Juzgado Primera Instancia 5 Sabadell (ant.CI-7)
Av.Francesc Macià, 34-38
Sabadell Barcelona
Procedimiento Procedimiento ordinario

Parte demandante

Procurador FRANCISCO TOLL MUSTEROS

Parte demandada BANCO DE SABADELL S.A.

Procurador TERESA PRAT VENTURA

SENTENCIA nº 6/2014

En Sabadell, a 8 de enero de 2014.

Vistos por Dña. Rosa Begué Cuadrado, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sabadell, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO DE NULIDAD CONTRACTUAL Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD seguidos con nº a instancia de la mercantil , según se acredita debidamente, representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Toll Musteros y asistidos por el Letrado D. Marcos Muñoz Franco, contra la **entidad BANCO DE SABADELL, S. A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Teresa Prat Ventura y asistida por el Letrado D. , y atendiendo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Procurador de la parte actora se presentó Demanda de Juicio Ordinario en reclamación de nulidad contractual y reclamación de cantidad, que fue turnada a este Juzgado, y que se dirigía contra la entidad BANCO SABADELL, S. A., basada en los hechos y los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, finalizando con la súplica de que, previos los trámites legales pertinentes, se dictase Sentencia, estimando íntegramente la demanda con los siguientes pronunciamientos:1.- Se declare la nulidad del contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 6 de marzo de 2007, así como del contrato de confirmación de permuta financiera sobre inflación de fecha 20 de mayo de 2008.

2.- Subsidiariamente, se declare el incumplimiento por parte de BANCO DE SABADELL, S. A. de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la demanda y, en consecuencia, se declare el derecho a percibir una indemnización en concepto de daños y perjuicios equivalente a las cantidades pagadas en ejecución de estos contratos una vez compensadas las cantidades percibidas.

3.- Como consecuencia de estas declaraciones, se condene en ambos casos al BANCO DE SABADELL, S. A. a la restitución, o en su caso al pago en

concepto de indemnización, del importe de 20.873,59 euros -cantidad total equivalente a las cantidades pagadas en ejecución de estos contratos una vez compensadas las cantidades percibidas-, más los intereses legales que correspondan desde las respectivas fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas en ejecución de estos contratos y hasta su efectivo pago.

4.- Se condene a BANKIA, S. A. al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia.

SEGUNDO.- Por Decreto dictado por este Juzgado en fecha 16 de julio de 2012 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado de la misma con los documentos presentados a la demandada, emplazándola para comparecer en forma legal en las actuaciones y contestar a la demanda en el plazo de 20 días.

TERCERO.- Dentro del plazo conferido la entidad BANCO DE SABADELL, S. A. presentó escrito por el que contestaba a la Demanda interpuesta de contrario, oponiéndose a la misma y solicitando el dictado de una Sentencia por la que se desestime íntegramente la Demanda presentada de contrario, absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos frente a la misma deducidos, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.- La Audiencia Previa se celebró el día 14 de marzo de 2013 con la comparecencia de todas las partes, y estas manifestaron no haber sido posible llegar a un acuerdo sobre el objeto del pleito, y se ratificaron en sus respectivos escritos iniciales. Tras concretar los hechos controvertidos, y no impugnándose por ninguna de las partes los documentos aportados por la otra en cuanto a la autenticidad de los mismos, se procedió a proponer prueba por aquéllas, que fue admitida en los concretos términos que constan en el acta de la Audiencia Previa, señalándose como fecha para la celebración del juicio el día 18 de septiembre de 2013.

QUINTO.- En juicio oral se celebró en la fecha señalada, y tras la práctica de todas las pruebas que habían sido admitidas y la formulación oral de sus conclusiones por las partes, quedaron los Autos conclusos para dictar sentencia, habiéndose registrado la Vista en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

SEXTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Pretensiones de las partes y fundamentos de las mismas.*

Por la **parte actora** se ha deducido demanda que sirve de base a esta litis contra la anteriormente citada parte demandada, ejercitando una acción dirigida a obtener la declaración de nulidad de los contratos fechados los días

06/03/2007 y 20/05/2008 en virtud de los cuales la demandante firmó sendos contratos de permuta financiera, el primero sobre tipos de interés (SWAP DE TIPO DE INTERÉS o IRS) y el segundo referido a la protección contra las subidas del IPC (SWAP DE INFLACIÓN), supuestamente con el objeto de cubrir la exposición al riesgo de incremento del tipo de interés variable aplicable a ciertas operaciones financieras contratadas previamente entre las partes, y con el objeto de cubrirse sobre el incremento de la subida de precios, respectivamente. Funda esta parte su pretensión en el incumplimiento por parte de la demandada de su deber de comprobar debidamente las condiciones de idoneidad del producto comercializado a las necesidades financieras de su cliente, así como de su deber de informar debidamente de las características esenciales del producto contratado y de los riesgos que dicha suscripción acarrearba.

Así, la parte demandante manifiesta en la demanda que, con ocasión de la renovación de una póliza de crédito con la entidad bancaria demandada, la demandante suscribió el día 26 de enero de 2007 un contrato marco de de operaciones financieras regulador de las condiciones generales que regirán un contrato de derivados financieros y, a continuación, el 6 de marzo de 2007 la confirmación del contrato de permuta financiera por importe nominal de 300.000 euros al objeto de asegurar la póliza de crédito mercantil renovada por importe de 30.000 euros (esta vez a interés variable y no a interés fijo) frente a los riesgos derivados de la subida de los tipos de interés variable que pudieran sobrevenir al contrato, y ello como consecuencia de las recomendaciones de la Sra. [redacted] como empleada de la oficina de la demandada en la que la actora tenía contratada la póliza, quien condicionó la renovación interesada a dicha suscripción aseverando la seguridad y gratuidad del producto contratado y los beneficios derivados del mismo, todo ello a pesar de que en la nueva póliza de crédito se establecía un tipo mínimo de interés o cláusula suelo del 4% que impedía que el cliente se beneficiara de la posible bajada posterior de los tipos de interés variable.

Con posterioridad, ante la necesidad de renovar nuevamente la póliza de crédito existente por importe de 30.000 euros, esta vez a interés fijo, en fecha 20 de mayo de 2008 la demandada, en el seno de la relación de confianza existente con la citada Sra. [redacted], suscribió un contrato de confirmación de permuta financiera referenciada al IPC español y con vencimiento a 3 años, por un importe nominal de 150.000 euros, al objeto de supuestamente neutralizar la variación de las rentas pagadas por la empresa por efecto de la inflación de precios, actuando como una suerte de seguro o cobertura ante las subidas de estos, todo ello a pesar del escaso sometimiento que la empresa demandante tenía a tales riesgos por contar únicamente con 9 trabajadores y no disponer de ningún local en régimen de alquiler.

Así las cosas, afirma la demandante que en el momento de la firma de ambos contratos en ningún caso recibió una información veraz por parte de los representantes de la entidad acerca de las condiciones y características de los productos financieros contratados, dado que se trata de productos financieros complejos con carácter especulativo. Es por ello que, considerando esta parte que contrató en la creencia de que se trataba de un

seguro de protección ante la subida de los tipos de interés y del IPC y no fue sino la falta de información de la empleada de la demandada lo que determinó que el cliente no pudiera conocer las características reales de los productos al no explicarle adecuadamente los riesgos de los mismos, en los contratos de confirmación de ambas suscripciones se produjo una falta de consentimiento, o al menos un error del mismo de naturaleza esencial y excusable, propiciado por la demandada al inducir a la mercantil actora a confiar en que su decisión era segura, por haberles omitido los datos esenciales de los productos en cuanto a su carácter de permuta de riesgo financiero de tipo especulativo y con riesgos inherentes derivados de las oscilaciones del mercado.

Frente a ello, **la parte demanda se opone** a la pretensión alegando, en primer lugar, que con carácter previo y precontractual, el Banco facilitó al cliente un documento informativo como guía de estudio de la operación de derivados en la que se detallaban las características del producto y se le advertía de los riesgos inherentes al mismo y que, por su empleada Dña. , se indicaron en la confirmación contractual de del contrato marco suscrita por las partes las obligaciones principales y básicas que asume cada una de ellas de forma clara, sencilla e inequívoca, lo cual impide la apreciación de error alguno en el proceso de formación de la voluntad de contratación dado que la demandante fue informada en todo momento de la tipología del producto contratado, su funcionamiento, sus efectos y los riesgos que el mismo comportaba, ofreciéndose todas las explicaciones solicitadas en relación los diversos contratos de permuta financiera y solicitándose por el apoderado Sr. con carácter previo a la suscripción la contratación del primero de los productos derivados mediante el documento que se aporta como número 2 de la contestación a la demanda. Asimismo, se indica por la demandada que, con posterioridad a la celebración de ambos contratos, se remitieron a la demandante los correspondientes documentos de liquidación indicativos de los abonos y adeudos que resultaban pertinentes según lo acordado, detallando el contenido de las obligaciones de las partes en virtud de la operación, sin que ninguna objeción o aclaración fuera solicitada por la mercantil actora durante el transcurso de siete liquidaciones que resultaron positivas para el cliente del contrato de permuta financiera de tipos de interés, lo que supone sin duda una confirmación del mismo, y sin que se formulara tampoco reclamación en forma a la financiera cuando se derivó un resultado negativo para la mercantil, lo que implica una aceptación tácita de los efectos del contrato conforme al artículo 1.309 del Código Civil.

Finalmente, se invoca por la demandada que la operativa del contrato de swap es simple y asequible para cualquier empresa, siendo su finalidad la mejora de la financiación evitando en lo posible las pérdidas que pueden padecer a consecuencia de las fluctuaciones de los tipos de interés o de la tasa de inflación, existiendo un equilibrio de prestaciones en cuanto que cada parte asume el mismo riesgo pero de forma inversa, de forma que la operación se encuentra sujeta a posibles incertidumbres y riesgos asumidos por las partes, como puede ser una bajada o subida inesperada del Euribor o de la tasa de inflación. Ello, por tanto, no supone sino un elemento aleatorio sobre el que las partes basan las consecuencias del contrato, que en el momento inicial no se encuentra determinado a pesar de las posibles

previsiones manejadas por los operadores económicos y el Banco de España en los años previos a la celebración del contrato (que en este caso eran claramente alcistas), sin que el contrato además contemple un derecho de libre desistimiento para que los contratantes se desvinculen cuando el negocio ya no les resulta favorable, de modo que la cancelación anticipada de un swap conlleva necesariamente la obligación de pagar el valor de mercado o coste de reposición de este instrumento financiero, coste cuyo importe es imposible de calcular a priori por cuanto el valor de mercado dependerá del elemento aleatorio de la variación del tipo de interés o de la tasa de inflación, pero no determinado en el momento inicial.

A la vista de las pretensiones de las partes, debe concluirse inicialmente que no habiéndose discutido la realidad de los contratos suscritos, las **cuestiones litigiosas** que fundamentan la presente reclamación se refieren a la naturaleza de la relación jurídica que liga a las partes en virtud del contrato de autos, así como a las obligaciones derivadas de ella y la existencia de un posible incumplimiento de las mismas por parte demandada que motivaría el error invocado por la demandante, error que determinaría la necesidad de analizar su incidencia en la validez de los contratos suscritos y sus efectos.

SEGUNDO.- Régimen aplicable a la cuestión litigiosa y naturaleza de los contratos suscritos por las partes.

Tal y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona de 25 de Julio de 2012, *"con relación a los contratos de permuta financiera (swap), siguiendo la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sec.1ª, de fecha 4 de abril de 2011, podemos definir el contrato denominado swap o permuta financiera, en su modalidad de tipos de interés, como el acuerdo que consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional), los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés, (aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato y más concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor.*

Este tipo de contratos consisten en una permuta financiera en la que en lugar de intercambiarse dos cosas entre los contratantes, que es la forma tradicional, se intercambian (swap en inglés) dos prestaciones dinerarias. En el caso que nos ocupa, pagos futuros de intereses y de inflación, durante un periodo de tiempo establecido y sobre una cantidad determinada, que en ningún caso es objeto de entrega por alguna de las partes.

Dichos contratos son un producto complejo de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos y una información clara y exhaustiva".

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de

9 de Octubre de 2012 dispone que "Así las cosas, es preciso indicar que como señala la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo de 12 de noviembre de 2010, Ponente D. Francisco Tuero Aller, citando otras dos sentencias dictadas por la Sección Quinta de dicha audiencia con fecha de 27 de enero y 23 de julio del mismo año 2010, el contrato objeto de juicio, denominado por las partes como "contrato de permuta financiera de tipos de interés" constituye uno de los conocidos en la doctrina científica como contratos de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona "swap").

Se trata de un contrato atípico pero lícito al amparo del artículo 1255 CC y 50 del CCo, importado del sistema jurídico anglosajón, y caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando con cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

Un swap, o permuta financiera, es un contrato mediante el cual ambas partes acuerdan intercambiar flujos de efectivo sobre un cierto principal a intervalos regulares de tiempo durante un periodo dado". Normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés, llamándose IRS (Interest Rate Swap) aunque de forma más genérica se puede considerar un swap cualquier intercambio futuro de bienes o servicios (entre ellos de dinero) referenciado a cualquier variable observable. Los swaps se introdujeron por primera vez al público en 1981, cuando IBM y el Banco Mundial entraron en un acuerdo de intercambio. Un swap se considera un instrumento derivado.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante, denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1799 CC, atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma, recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes".

Por tanto, el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de

interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

De otro lado, tal y como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de Julio de 2011, el contrato de **permuta financiera ligada a la inflación** "Swap de inflación", *"se presenta como cobertura a la inflación -incremento de los costes de empresa (plantillas materia primas y otros) como consecuencia de la inflación- y consiste, básicamente, en el abono por parte del cliente de la suma que resulta de aplicar al nominal contratado una tasa fija durante el plazo de duración del contrato, mientras que la otra parte, el Banco, hace frente al coste de la inflación real, de manera que si la tasa de inflación es superior al tipo fijo que se ha comprometido a pagar el cliente, éste obtiene un beneficio, y si la tasa de inflación es inferior al tipo fijo establecido, el banco gana. En definitiva, la ganancia o pérdida depende de la variación respecto al tipo fijo que experimente un factor ajeno a las parte"*.

Dicho lo anterior, en ambos casos, y no obstante la inaplicabilidad del artículo 1.799 del Código Civil, señala también la doctrina jurisprudencial (SAP Asturias 10-6-2011, entre otras) que se trata de un tipo de contratos teñido de evidentes notas de aleatoriedad y también en cierta medida, especulativo, que comporta un riesgo para quien lo concierta con la entidad, lo que obliga a reforzar la exigencia de una información bastante y adecuada, máxime cuando se trate de un producto que se ofrece de forma novedosa al cliente, en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas. Por otra parte, como señala la SAP Valladolid de 7-6-2011, este contrato *"no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro) no obstante, la nota semejante que puede apreciarse es la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros"*, indicando asimismo la referida sentencia que la contratación de este tipo de producto complejo y de riesgo con personas carentes de experiencia y específicos conocimientos financieros, requiere para su validez de una completa y exhaustiva información cara a que el cliente forme correctamente su voluntad. Deberá por lo tanto ser consciente de la aleatoriedad que preside el contrato y de que este no se trata en realidad de un seguro o modo de cubrirse frente a la eventual subida de los tipos de interés, sino de realizar una apuesta en el que la otra parte implicada es una entidad con mayor conocimiento de las vicisitudes y tendencias de los vaivenes de la economía, flujos financieros y propensión de los mercados y tipos. En tal sentido se pronuncian mayoritariamente las Audiencias Provinciales, entre ellas la de Jaén de 27 de marzo de 2009, Pontevedra 7 abril 2010 o Asturias de 23 de julio de 2010.

Así pues, y en cuanto a la normativa aplicable a esta figura contractual, ha de significarse que ambas operaciones contractuales efectuadas por la demandante están incursas en el ámbito de la Ley

24/1.988 de 28 de Julio del Mercado de Valores, a tenor del artículo 2 LMV, conforme al cual la legislación reguladora del mercado de valores es aplicable, entre otros, a 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"*.

La normativa del mercado de valores otorga una especial protección al cliente dada la complejidad de este mercado, con especial incidencia en la fase precontractual. El artículo 79 de la L.M .V., en su redacción primitiva establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios, y el RD. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva " (artículo 5.3).

Dicho Decreto fue derogado por la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del mercado de valores, como consecuencia de la constatación de que tanto los productos del mercado financiero (valores negociables) como los destinatarios finales (acceso directo del pequeño inversor a ese mercado) habían aumentado en los últimos años en complejidad y variedad, por lo que se proponía entre otras cosas reforzar las medidas dirigidas a la protección de los inversores. A tal efecto, la norma establece una nítida diferencia entre distintos tipos de inversores (minoristas, profesionales y contrapartes elegibles) en función de su experiencia, conocimientos y cualificación para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, garantizando el mayor grado de protección a los inversores o clientes minoristas, entendiéndose por tal todo aquel que no sea profesional, ya que no puede presumirse en el cliente minorista "la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones" (artículo 78 bis).

En virtud de esta nueva redacción, la LMV recordó a las entidades que prestan servicios de inversión, entre las cuales se hallan las entidades de crédito, la obligación de actuar con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, "cuidando de tales intereses como si fueren propios", y de proporcionarles en todo momento la información adecuada (artículos 79 y 79 bis). En particular, como desarrolla el Decreto 217/2008, de 15 de febrero (artículos 60 y siguientes), toda información dirigida al cliente, incluida la publicitaria, debe ser en todo caso imparcial (no debe encubrir aspectos o advertencias importantes), clara (comprensible para el integrante medio del grupo al que se dirige el producto) y no engañosa (no indicará los beneficios potenciales de un instrumento sin hacer mención también de los riesgos pertinentes). Ello significa que debe tratarse de una información que (1) sea

comprensible, (2) recaiga sobre el instrumento financiero ofertado y sobre los gastos y costes asociados, (3) e incluya orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados, todo ello a fin de que permita a los clientes potenciales comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión para tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tal efecto, la entidad que presta servicios de asesoramiento financiero o la que preste servicios de otra índole debe recabar del cliente información sobre su conocimiento y experiencia a fin de evaluar si el producto ofrecido es adecuado para él, desaconsejándose en caso de que lo considere inadecuado (artículo 79 bis, apartados 6 y 7).

La norma de excepción contenida en el artículo 79 quater LMV (se dispensa de las obligaciones previstas en los dos artículos precedentes cuando se ofrezca "un servicio de inversión como parte de un producto financiero" para el que ya se hayan observado los estándares europeos para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, en materia de valoración de riesgos para los clientes o de suministro de información) no rige en el supuesto enjuiciado, ya que para ello hubiera sido preciso que el BSCH alegara que había cumplido esos estándares informativos con ocasión de la firma de los contratos de financiación suscritos por CDA en noviembre de 2005 ('supercrédito continuo' con garantía hipotecaria) y junio de 2007 (préstamo hipotecario).

Posteriormente el RD. 217/2.008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios e inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, traspuso al ordenamiento interno la Directiva Comunitaria 2004/39/CE de 29 de abril, denominada "Directiva MIFID" (Markets Instruments Financial Directive directiva sobre instrumentos de mercados financieros), que regula la información y la valoración de la idoneidad del cliente para la contratación de determinado producto financiero.

Este RD 217/08 no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en el deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (artículo 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros) y, en concreto, en su artículo 60 regula las condiciones que debe cumplir la información facilitada por la entidad, refiriéndose el art. 61 a la clasificación de clientes en contrapartes elegibles (empresas de inversión, compañías de seguros, entidades de créditos, etc.), clientes profesionales (inversores institucionales y grandes empresas, entendiéndose por tales las que tengan un balance de 20 millones de euros, un volumen de negocio de 40 millones, y fondos propios de 2 millones) o clientes minoristas (cuyo nivel de protección será máximo). El art. 64 regula información sobre los instrumentos financieros y exige que se facilite al cliente una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. El art. 72 obliga a las entidades a obtener de sus clientes la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el

alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple con condiciones relativas a la experiencia y conocimientos del cliente. Y el art. 73 dispone que deberá la entidad determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto, asumiendo que los tiene el cliente profesional.

Para articular la obtención de dicha información, el art. 74 se refiere a la evaluación de idoneidad y conveniencia, estableciendo que *"1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado; c) el nivel de estudios, la profesión actual y en su caso las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes. 2. En ningún caso las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley de 28 de julio de 1988 "*

Debe significarse, no obstante todo lo expuesto, que la referida Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID), si bien entró en vigor a partir del 1 de mayo de 2004, no exigía de los Estados miembros la plena aplicación de sus disposiciones hasta el 1 de noviembre de 2007, sin que España cumpliera escrupulosamente dicho plazo, ya que fue la Ley 47/2007, de reforma de la LMV, que traspuso al ordenamiento interno las disposiciones de la Directiva MIFID, la cual entró en vigor el día 21 de diciembre de ese año. En conclusión, los contratos de permuta financiera anteriores al 1 de noviembre de 2007 se rigen por el contenido primitivo del artículo 79 LMV así como por el artículo 16 del Decreto 629/1993, con las matizaciones que más tarde se analizarán, en tanto que a las permutas posteriores les serán de aplicación los artículos 78 y siguientes de la LMV, en su redacción vigente tras la reforma parcial operada por la Ley 47/2007, y normativa de desarrollo (Decreto 217/2008, en vigor desde el 17 de febrero de 2008). Además de la sujeción de todos ellos a las reglas comunes de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y, en su caso, de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

TERCERO.- Del incumplimiento de sus deberes por parte de la demandada y de la viabilidad de las acciones ejercitadas por la demandante.

Como se ha expuesto, mediante la demanda presentada pretende la demandante que se declare la nulidad de dos contratos de permuta financiera, el primero sobre tipos de Interés (SWAP DE TIPO DE INTERÉS o IRS) y el segundo referido a la protección contra las subidas del IPC (SWAP DE INFLACIÓN), firmados con la demandada los días 06/03/2007 y

20/05/2008, alegando sustancialmente, como motivo de nulidad, el vicio en el consentimiento por la existencia de error, error a que le habría inducido la parte demandada como consecuencia de la inexistente o, al menos, insuficiente y defectuosa información suministrada acerca de las obligaciones derivadas de ambos contratos, aludiendo también a la infracción de la normativa MIFID en relación con la segunda de las coberturas contratadas.

Son numerosísimas las ocasiones en que los Juzgados y Audiencias Provinciales se han pronunciado sobre esta clase de contratos o contratos semejantes, su validez o nulidad, con pronunciamientos de muy diferente signo como demuestran las citas que cada parte ha hecho en autos de las sentencias que sostenían la posición de cada una. Ello supone que no todos los supuestos pueden recibir la misma respuesta judicial, puesto que cada contrato es diferente, se ha firmado en circunstancias muy distintas y la influencia de dichas circunstancias sobre la validez del consentimiento o sobre el concreto iter de la formación de la voluntad o compromiso obligacional es también muy distinta, como lo es la prueba que en cada procedimiento se ha practicado y las conclusiones que pueden extraerse de la misma. Quiérese con ello decir que no basta con hacer referencia a la evidente complejidad o riesgo del producto, la situación patrimonial del cliente, su tamaño (en caso de tratarse de personas jurídicas) o las características de su actividad en el comercio (si son profesionales), o, incluso, a la concepción social de las actuaciones bancarias y su relación con la crisis económica actual o el abuso por parte de los bancos en la utilización de éste u otros productos de semejante complejidad. Un resumen de los distintos pronunciamientos y de las posiciones a que responden en el seno de la Audiencia Provincial de Barcelona se puede encontrar en la Sentencia de su sección 14ª, de 10 de mayo de 2012.

En definitiva y con arreglo a lo que en la misma se expone, va a resultar esencial para la resolución del pleito el análisis de la prueba desarrollada en el procedimiento sobre las circunstancias concretas de la contratación producida entre las partes -incluida, entre tales circunstancias, la información concretamente suministrada- y su influencia en la formación del conocimiento y consentimiento contractual de la demandante.

Sentado pues que el **BANCO DE SABADELL** había de llevar a cabo su prestación con sujeción a una serie de obligaciones derivadas de la recomendación y posterior suscripción de los productos financieros litigiosos, por la demandante se sustenta la presente reclamación en el incumplimiento objetivo por parte de la entidad demandada de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos de los productos que adquiriría de forma no consciente, mientras que por la demandada se alega el correcto cumplimiento de sus obligaciones de información y transparencia tanto en la fase precontractual como en la fase contractual de la relación jurídica que le vincula con la parte actora, oponiendo que, tras el análisis y valoración de la oportunidad de contratación por el actor, resulta imposible hablar de vicio del consentimiento en forma de error en el momento de la contratación.

Debe afirmarse, en primer lugar, que el actor no es consumidor y usuario del producto financiero, conforme a la definición del art. 3 del RDL

1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, *pues "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"*, siendo la parte actora una persona jurídica que se dedica al tráfico comercial y la operación a la que se vincula el swap es propia de su actividad comercial (AAP, Civil sección 14 del 27 de Enero del 2012). Así, la suscripción de los contratos de permuta financiera que venimos examinando guardaba relación directa con otras operaciones propias de la actividad comercial de la empresa, en una continuación de operaciones de financiación, de modo que la contratación de préstamos, créditos, arrendamientos financieros o contratos de factoring y la vinculada suscripción de una permuta financiera no pueden considerarse en ningún caso actos de consumo por considerarse productos y servicios destinados directamente al ejercicio de la actividad empresarial. Por ello, las obligaciones que impone la ley sobre información al consumidor no son aplicables en este caso, sin perjuicio de la consideración de la actora como inversor minorista.

En este sentido, conforme a la reciente STUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11) hay que entender sin embargo que sí le era aplicable a la relación jurídica descrita, a la fecha tanto del primero de los contratos como del segundo de ellos, la normativa Mifid y en concreto la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, puesto que esta Directiva, como ya se ha indicado anteriormente, se tenía que trasponer antes del 31 de enero de 2007 y se traspuso por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (después por tanto de que las partes suscribieran el primer contrato en el mes de marzo del año 2007), y es por ello que no consta en relación al mismo la elaboración de los test de idoneidad y conveniencia. Ahora bien, ello no impide la interpretación de la legislación nacional a la luz de la Directiva y, en especial de su art. 19.4, que obliga a la entidad financiera, en tanto ofrece servicio de inversión y para garantizar la protección de los inversores, al prestar asesoramiento, a obtener *"la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión o instrumentos financieros que más le convengan"*.

Puesto en relación con los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, ello obligaba a la entidad bancaria a facilitar la información necesaria sobre el contrato y sobre sus condiciones generales, de modo que de no hacerlo no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no tuvo oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato. Además, el art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito exige, por su parte, determinados deberes de transparencia e información al permitir al Banco de España 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, debiendo asimismo tenerse en cuenta el ámbito general del art. 1258 del Código Civil y el deber de información como consecuencia de la buena fe contractual.

De este modo, y una vez examinada la extensa documentación aportada a las actuaciones y la prueba practicada en el acto del juicio oral, debe concluirse que **las previsiones anteriormente expuestas en orden a proporcionar una completa información a los clientes sobre el producto financiero adquirido no se han cumplido en este caso por la entidad financiera.**

Ello, en primer lugar, porque, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de Octubre de 2012, por el principio de facilidad probatoria contenido en el **art. 217.7º LEC**, incumbía a la entidad financiera demostrar en el proceso que cumplimentó el deber de información prenegocial de manera tal que el cliente alcanzara un pleno conocimiento de lo que le suponía la suscripción del contrato, añadiendo que *"la Sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 24 de mayo de 2.012, con cita de otras muchas, confirma este modo de distribuir la carga probatoria a la vista de la normativa reguladora del mercado financiero: "se ha concluido que corresponde a las entidades de crédito acreditar el cumplimiento de tal obligación y de que el acreedor comprendió en lo necesario las características del producto contratado, lo que también resulta del criterio de la mayor facilidad o proximidad a la prueba que establece el art. 217 LEC, en tanto que por las normas que le son aplicables a su actuación las entidades de crédito han de conservar documentación de las operaciones y de la información dada".*

En el caso que nos ocupa, **de la documentación precontractual y contractual que la parte demandada entregó al apoderado de la mercantil demandante no se desprende que se proporcionara a la misma información suficiente y ajustada a los parámetros legales sobre el producto** novedoso, complejo y arriesgado que constituyen los contratos de cobertura litigiosos, puesto que, partiendo de que en los mismos se utiliza un lenguaje notoriamente complejo para personas ajenas al mundo financiero, la extensión de su clausulado, la subordinación de largas oraciones y la introducción de elementos financieros dificultan la comprensión de los riesgos inherentes al contrato por referirse a conceptos jurídicos y económicos que no son de uso habitual ni de fácil entendimiento, siendo documentos ciertamente extensos, con cláusulas todas ellas dictadas por la entidad bancaria, y de una altura técnico-financiera sólo comprensible por expertos de la materia y no por personas de características como las que presenta el apoderado de la demandante.

De este modo, aún de una lectura detenida de tales documentos contractuales no se alcanza a obtener una adecuada información sobre el producto contratado, pues adolecen de una evidente falta de claridad en cuanto a la descripción de la mecánica operativa del contrato de permuta financiera, todo ello agravado por la propia estructura de los documentos, integrados a su vez por varios Anexos que deben ser consultados de forma intermitente si se quiere comprender el significado de los términos utilizados

en el documento de Confirmación de permuta financiera, es decir, que el significado y alcance real de la operación de permuta financiera no se puede comprender con una simple lectura lineal, utilizando en el citado documento multitud de términos técnicos cuyas definiciones, que producen un efecto contrario al aclaratorio supuestamente pretendido, se encuentran en otro documento al cual el cliente ha de acudir para intentar comprender su significado, que es el llamado Contrato Marco (que a su vez está formado por dos Anexos) dándose además la circunstancia de que las definiciones contenidas en el Contrato Marco resultan casi tan poco esclarecedoras como los propios términos que intentan definir. Ello conlleva que, aunque traten de extraerse del clausulado contractual las posibles consecuencias negativas que para el cliente pueda implicar la suscripción del producto, la ausencia de verdaderos ejemplos sencillos y de cuantificación con cifras, aplicando los porcentajes mínimos señalados sobre el importe nocional fijado en el contrato, impiden la comprobación por el cliente de que en caso de evolución significativa a la baja de los tipos de interés habrá de pagar cantidades importantes, tanto más elevadas cuanto más bajos estén los tipos, y ello aunque no fuera previsible al tiempo de contratación que los tipos fueran a bajar tanto como luego sucedió, pues tal escenario sí que resultaba posible o al menos no descartable, teniendo en cuenta que el producto se contrataba para un periodo de cinco años, lo suficientemente largo para que se produzcan todo tipo de fluctuaciones en el Euribor.

Así, como viene señalando la jurisprudencia menor en relación a este extremo (SSAP Burgos de 10-11-2010 y de 3-12-2010 y SAP Asturias, Sección 5ª, de 27-01-10, entre otras muchas), las advertencias genéricas como las contenidas en la documentación que se examina son insuficientes puesto que la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés, siendo preciso por tanto, para entender cumplida la obligación de información de los riesgos del producto que recae sobre la entidad bancaria, que ésta proporcione al cliente un estudio en profundidad de la situación económica entonces existente, que contenga una previsión fundada acerca del comportamiento de los tipos de interés en el futuro más inmediato, información que resulta imprescindible a la hora de contratar estos productos pues precisamente de ese comportamiento depende que el producto pueda resultar atractivo para el cliente, toda vez que se le oferta como una "cobertura" frente a una tendencia alcista, y nadie mejor que las entidades financieras está en condiciones de proporcionar esa información.

Información, por tanto que, debiendo resultar adecuada a las circunstancias concretas del cliente y al tipo de contratos, ambos complejos y de alto riesgo, se revela en este caso claramente defectuosa y susceptible de generar un vicio esencial en el consentimiento otorgado por la demandante en la suscripción de tales contratos, puesto que, **partiendo de lo ya expuesto, de la prueba practicada en el acto del juicio oral resulta acreditado que el error por parte de la entidad actora a la hora de contratar las permutas financieras recayó de forma evidente sobre sus elementos esenciales.**

Debe señalarse a este respecto, en primer lugar, que el Sr. D. , administrador de la mercantil demandante con escasa formación académica consistente en el graduado escolar, manifiesta en todo momento que en atención a los datos que le fueron proporcionados a él y a su socio D. (también sin formación financiera alguna) por las empleadas de la demandada creía estar contratando "una especie de seguro sin sobrecoste", desconociendo el verdadero alcance, riesgo y contenido de los contratos en cuestión y, a tal efecto, indica que, sin haber solicitado previamente los productos de autos, estos le fueron no sólo ofrecidos sino claramente impuestos por la Sra. para el caso de querer renovar la póliza de crédito suscrita con la entidad demandada, como así era de su interés, sin haber llegado en realidad a comprender las características de los productos que suscribía pero prestando su conformidad a los mismos en atención a la confianza depositada en la mencionada empleada. Con posterioridad a ambas suscripciones, el sr. fue recibiendo las liquidaciones del producto correspondientes, pero, a la vista de los documentos aportados con los números 5 a 15 de la demanda, no alcanzó a entender de dónde procedían los importes indicados (lo cual es del todo comprensible una vez examinados tales documentos), procediendo a reclamar verbalmente ante la entidad bancaria cuando, recibidas las liquidaciones negativas, advirtió que el producto no se ajustaba a lo que previamente le habían aseverado desde la entidad y no respondía favorablemente a los requerimientos de su empresa.

Tales extremos no fueron claramente controvertidos por parte de la citada Sra. , empleada de la demandada, puesto que mediante su testimonio reconoció en juicio que los productos litigiosos se ofrecían sin distinción a todos los clientes del banco que tenían o solicitaban financiación empresarial, sin valorar el nivel de financiación del cliente sino la aplicación del producto aisladamente considerado en relación a los costes fijos de la empresa, lo que explica que se recomendara estos productos a un empresario cuyo póliza contaba ya con limitaciones del tipo de interés y por unos importes completamente ajenos a la situación económica global de la mercantil actora, la cual además no contaba apenas con elementos personales o patrimoniales sometidos a las variaciones de la inflación que justificaran la suscripción de la segunda de las coberturas contratadas. Además, habiendo manifestado con rotundidad la Sra. que apercibió expresamente al cliente de los riesgos derivados de lo que contrataba y que el producto era el más adecuado para la mercantil actora en atención a sus balances contables, realizando sus recomendaciones de producto de acuerdo a las previsiones del banco y no a las estimaciones financieras habitualmente empleadas por estas entidades y provenientes del Departamento de Tesorería que reflejaban tendencias a la baja, sorprendentemente no alcanzaba a recordar en cambio en qué departamento de la entidad se elaboraban estas previsiones ni de donde provenían, ni si en la póliza de crédito suscrita por la demandante existía una cláusula suelo, la renovación de ambas pólizas se condicionó a la contratación de los productos y el test de conveniencia firmado por el Sr. en el segundo de los contratos había de reunir una serie de requisitos, firmándose posteriormente a la suscripción del producto una vez cumplimentado previamente por la entidad bancaria.

La imprecisión y vaguedad de algunas de las respuestas de la anterior testigo no fueron por su parte solventadas por el Sr. D.

también empleado de la entidad demandada, puesto que el mismo únicamente aseveró que nunca percibió un defecto de información en el Sr. a pesar de que el mismo se puso en contacto con él para valorar la posibilidad de cancelación de los productos dado que por sí mismo era incapaz de calcular una posible penalización y, así las cosas, a la vista de las declaraciones expuestas en relación a la documentación ya analizada, ha de concluirse que, correspondiendo a la entidad bancaria proveer al cliente de información detallada y precisa sobre todos los elementos fundamentales del contrato, incluyendo la estimación de las posibles comisiones de cancelación a aplicar en el caso de desistimiento del producto contratado, por el Banco de Sabadell no se ha conseguido demostrar mediante la prueba practicada, existiendo elementos más que suficientes para considerar que el consentimiento otorgado por la demandante estuvo viciado y por ende los contratos suscritos carecen de validez, puesto que de la documentación acompañada y de las anteriores declaraciones se desprende que en todo momento se plantearon los productos como una suerte de coberturas para la subida de tipos y de la inflación pero sin que se informara de forma razonable y coherente del alto riesgo (inherente a cualquier producto que opera en mercados secundarios) que existía en la contratación, siendo ésta una problemática suscitada a nivel europeo como así se recoge en la sentencia de la Corte Federal Alemana de 22 de marzo de 2011 (BGH XI ZR 33/10, Deutsche Bank/Ille 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"*.

En el presente caso, debe señalarse que la información brindada por la entidad financiera no fue adecuada al supuesto concreto de la empresa demandante, sugiriéndose la posibilidad del incremento de los tipos de interés y del nivel de inflación puesto así se desprende tanto de las declaraciones de los empleados del banco como de las explicaciones documentales de los contratos (documentos 22 y 25 de la demanda), omitiendo información de los evidentes riesgos que un producto de tal volatilidad podría entrañar y obviando el perfil concreto de la empresa contratante y la conveniencia de suscribir coberturas como las examinadas, puesto que el primero de los contratos era manifiestamente perjudicial para el cliente (dado que para que el "swap" cumpla plenamente su función de cobertura, convirtiendo en tipos fijos los tipos variables de los productos de financiación suscritos por el contratante, resulta preciso que el nivel de endeudamiento de éste coincida con el importe nocional de la permuta financiera, lo que no concurría en absoluto en este supuesto como ya se ha indicado), y el segundo de los contratos, de cobertura de inflación, no

respondía a un riesgo cierto al que estuviera sometido una empresa sin rentas derivadas del activo inmobiliario y sin una gran plantilla humana que haya de percibir su salario sujeto a las variaciones de la inflación.

Y es, sin duda, esta omisión en la información diligente y adecuada de los riesgos inherentes a la operación lo que permite constatar que **existió vicio en el consentimiento prestado por el administrador de la empresa demandante, sin que pueda estimarse acreditado el ofrecimiento de forma verbal a su administrador de la necesaria información que el BANCO DE SABADELL defiende acerca de las características y riesgos de los productos contratados**, puesto que no consta que la demandada valorara correctamente y con carácter previo a la contratación la adecuación de los mismos a la situación financiera y experiencia inversora del cliente, habiendo trasladado injustificadamente a la demandante mediante la firma de la documentación adjunta la responsabilidad de verificar la correcta recepción y comprensión de la información suministrada.

Es por todo ello que, no siendo suficiente la presunción por parte de la entidad demandada de una cultura financiera en la clientes sin realizar las indagaciones necesarias para determinar si la actora tenía o no el perfil necesario para proceder a la contratación, la afirmación de que el BANCO DE SABADELL recabó la información esencial que permite al comercializador decidir la oportunidad de la venta del producto se encuentra carente de todo soporte probatorio en el presente pleito, resultando de la prueba practicada que **la demandante fue convencida por la empleada de la entidad para suscribir de inmediato las operaciones litigiosas a pesar de no poseer la información necesaria para comprender en ese momento los riesgos de las mismas**. Por tanto, **correspondiendo a la demandada la carga de la prueba de la prestación de una información oportuna y ajustada a los parámetros legales en un producto de tal complejidad conforme a la legislación ya expuesta**, ha de considerarse que

, a través de su representante legal, careció de la información necesaria para una correcta formación de su consentimiento para contratar en atención a sus características, por lo que se considera **plenamente acreditada la concurrencia del vicio del consentimiento invocado en la demanda** en cuanto a la prestación de tal consentimiento por la demandante con manifiesto error respecto de la naturaleza, riesgos y características esenciales de los productos complejos que finalmente suscribió a instancia de la parte demandada.

Dicho lo anterior, **la consecuencia principal** derivada de la constatación el vicio señalado no puede **no obstante consistir en la nulidad contractual absoluta instada por la parte actora, por infracción de normas imperativas al amparo del artículo 6.3 del Código Civil** en relación con los artículos 78 y 79 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, así como con los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, puesto que el incumplimiento de los deberes examinados por parte de la entidad demandada con respecto al cliente no conlleva tal consecuencia según aparece señalado en la citada normativa, lo que determina que **la acción ejercitada en primer término por la parte actora no pueda en este caso prosperar**, sin perjuicio de la contribución que el incumplimiento

mencionado pueda tener en el éxito de otra de las acciones ejercitadas, y así resulta explicado con claridad por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, en Sentencia de 30 de abril de 2012, que señala que *"No es que el incumplimiento de la disciplina legal de carácter sectorial no pueda fundar en ningún caso la nulidad contractual. Pero la constatación de la vulneración puede ser instrumento útil para la comprobación de la concurrencia o no del error que se denuncia por la parte actora... En definitiva, se trata de que, cuestionándose si concurrió error invalidante del consentimiento y puesto que la normativa sectorial no establece la nulidad contractual como consecuencia de las vulneraciones de la misma, la utilidad de la verificación de su cumplimiento se proyecta en el ámbito de la comprobación de si la demandante dispuso o pudo disponer de información suficiente para neutralizar la existencia del error que alegan"*.

Ahora bien, más allá de la descartada nulidad del contrato, han de examinarse otras posibles consecuencias que sobre los contratos litigiosos ha de provocar la acreditación del vicio del consentimiento ya mencionado, a los efectos de haber lugar a la **viabilidad de la acción de anulabilidad contractual ejercitada en virtud del artículo 1265 del Código Civil**, que señala que *"será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"*, disponiendo a continuación el **artículo 1266** que *"para que el error invalide el consentimiento debe 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"*.

Los **requisitos** que deben concurrir para el éxito de esta acción han sido reiteradamente expuestos desde el punto de vista jurisprudencial, pudiendo citar, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2010, que establece que *"La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias, que pueden resumirse en la de 11 diciembre 2006, se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "(...) es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, (...), y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe (...)"*.

Siendo por tanto el error capaz de anular un contrato aquel que constituye una **representación falsa** sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida o sobre las bases del negocio, las premisas del contrato y los propios aspectos que conjuntamente las partes asumen como aquellos que habían conducido a la celebración del contrato, resulta que no todo error o ignorancia de circunstancias provoca el referido efecto anulatorio, puesto que es necesario que el mismo presente **relevancia suficiente** y no sea imputable a la negligencia de quien lo sufre, entendiéndose como **error inexcusable** aquel que pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. Por ello, han de valorarse las circunstancias concurrentes en

cada uno de los supuestos al objeto de examinar tal diligencia, incluidas las personales que presentaba la demandante en el momento de la contratación y, en este sentido, debe considerarse que el error en **el que incurrió la mercantil actora a través de su representante legal fue esencial**, puesto que afectó a las obligaciones principales de ambos contratos y a las características de alto riesgo de los mismos; **sustancial**, pues incidió en un elemento nuclear de los contratos, sobre la base de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que venía obligada a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrataba y del riesgo que asumía; y **excusable**, puesto que el representante legal de la demandante, sin formación ni conocimiento alguno en materia financiera y sin experiencia inversora previa, confió en las recomendaciones de la Sra. como empleada de la oficina de la demandada en la que la actora tenía contratada la póliza de préstamo en la creencia de que tales contratos constituían una especie de seguro de protección ante la subida de los tipos de interés y del IPC, desconociendo los altos riesgos de un producto complejo del que no recibió la necesaria información para ponderar sus riesgos y llevar a cabo conscientemente su contratación.

No puede prosperar, finalmente, la alegación de la parte demandada de que existió una convalidación del contrato que extinguiría la acción de anulabilidad ejercitada de acuerdo con los **artículos 1.309 y ss. del Código Civil**, al no existir queja o reclamación alguna por parte de la demandante mientras las liquidaciones fueron positivas, puesto que para que exista una válida confirmación, que extinga la acción de nulidad, se requiere que el contratante que puede invocar la causa de nulidad con conocimiento de la misma y una vez que haya cesado, ejecute un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla, siendo necesario, por tanto, que la actora hubiera constatado el alcance y trascendencia del error y seguidamente hubiera realizado un acto conducente que implicara su voluntad de renunciar a la impugnación del contrato para que éste siga vigente. En el presente caso no ha resultado acreditada la existencia de acto alguno que inequívocamente revele la voluntad de la actora de renunciar a la acción de nulidad y confirmar el contrato una vez que adquirió conocimiento del vicio invalidante, es decir, del error padecido por el desconocimiento de los verdaderos riesgos de los contratos suscritos, puesto que la constatación del alcance y trascendencia del vicio en el consentimiento no debe quedar referida al tiempo durante el cual la actora percibió liquidaciones a su favor, sino en el momento en que comenzó a padecer las liquidaciones negativas por un importe desproporcionado en relación con aquellas otras y, finalmente, cuando adquiere conocimiento del coste de la cancelación, y es en este nuevo contexto en el que no consta ningún acto de la actora que implique necesariamente la voluntad de renunciar a la acción de nulidad y confirmar el contrato sino que, al contrario, ha resultado probado mediante la declaración del Sr. que efectivamente el Sr. interesó la cancelación de los productos suscritos y, a la vista de su elevado coste, trató de obtener algún tipo de solución extrajudicial que determinó la comprensible demora en el planteamiento de la presente litis, **debiéndose por tanto rechazarse dicha causa de oposición formulada por la demandada.**

La SAP Barcelona de 25 de julio de 2012 (Sección 1ª) expone que "*De igual manera, el apartado 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de*

*Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, 17 diciembre 2008), reconoce 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 mercantil actora no hubiera celebrado el contrato de swap de haber conocido que podía sufrir una pérdida económica relevante, como así finalmente ha sido”, y lo anterior determina que, en el supuesto objeto de debate, se cumplen los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para estimar la concurrencia de un verdadero error invalidante del consentimiento prestado por la demandante en la suscripción de los contratos litigiosos, por haber incumplido el BANCO DE SABADELL su deber legal de proporcionar con diligencia una información imparcial, clara y no engañosa en los términos examinados, **atendiéndose por tanto la pretensión de anulabilidad contractual de los contratos de permuta financiera sobre tipos de interés (SWAP DE TIPO DE INTERÉS o IRS) y sobre protección contra las subidas del IPC (SWAP DE INFLACIÓN)**, firmados por la demandante con la entidad financiera demandada los días 06/03/2007 y 20/05/2008, con las consecuencias que a continuación se examinarán.*

CUARTO.- De los efectos de la nulidad declarada.

Los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el **artículo 1303 del Código Civil**, que impone el deber de restitución recíproca de las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, puesto que señala que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”*.

Por ello, la figura de la **“restitutio in integrum”** recogida en el precepto mencionado, con retroacción de los efectos contractuales “ex tunc” a la situación personal y patrimonial anterior a la celebración del negocio jurídico, lleva consigo la **obligación de la parte demandada de la devolución del principal del capital invertido por la demandante**, una vez compensadas las cantidades percibidas por la misma en ejecución de los contratos objeto de anulación, esto es, la **suma de 20.873,59 euros**, así como de los frutos que dicho capital haya generado, lo que se materializa en el **interés legal devengado desde la fecha del pago de cada una de las liquidaciones devengadas** en ejecución de estos contratos y hasta su efectivo pago, de conformidad a lo dispuesto en el **artículo 1101, 1108 y siguientes del Código Civil**, y todo ello como medio de lograr un justo reintegro patrimonial tal y como sobre este extremo ha venido fijando el Tribunal Supremo puesto que indica que *“Los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso,*

que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia -sentencias 105 / 1990, de 24 de febrero, 120/1992, de 11 de febrero, 81/2003, de 11 de febrero, 812/2005, de 27 de octubre, 934/2005, de 22 de noviembre, 473/2006, de 22 de mayo, entre otras- considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia", además de que "No siempre los intereses constituyen el objeto de una prestación indemnizatoria. Antes bien, en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa" (SSTS. de 23 de noviembre de 2011 y de 29 de febrero de 2012 , entre otras) .

Por todo lo expuesto, debe prosperar en conclusión la pretensión de anulación respecto de ambos negocios jurídicos en los términos examinados, lo que determina una **estimación íntegra de la demanda interpuesta**, con la consiguiente **declaración de nulidad de los contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés y de confirmación de permuta financiera sobre inflación** suscritos por las partes, **condenando al BANCO DE SABADELL a abonar a la demandante la cantidad del principal del capital** abonado por la misma en ejecución de estos contratos una vez compensadas las cantidades por ella percibidas, es decir, la suma de **20.873,59 euros más el interés legal** devengado desde las fechas respectivas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas en ejecución de tales contratos.

QUINTO.- Intereses.

La parte demandada deberá abonar los **intereses legales** que de la cantidad objeto de condena se devenguen desde el momento de la presente Sentencia, de acuerdo con el **artículo 576 de la LEC**.

SEXTO.- Costas

En materia de costas, y a tenor de lo establecido en el **artículo 394.1 de la LEC**, las costas procesales han de ser impuestas a la **parte demandada** al haber sido sus pretensiones íntegramente desestimadas.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada a instancia de la mercantil , representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Toll Musteros, contra la entidad BANCO DE SABADELL, S. A., representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Teresa Prat Ventura, y, en consecuencia,

- **DECLARO LA NULIDAD** (anulabilidad) del contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 6 de marzo de 2007, así como del contrato de confirmación de permuta financiera sobre inflación de fecha 20 de mayo de 2008.

- **CONDENO a BANCO DE SABADELL, S. A.** a estar y pasar por dicha declaración y a devolver a la demandante la cantidad de VEINTE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON CINCUENTA Y NUEVE CÉNTIMOS DE EURO (**20.873,59 €**), con aplicación del **interés legal** de dicha suma desde las fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas en ejecución de los contratos anulados y hasta su efectivo pago, incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

- **CONDENO a BANCO DE SABADELL, S. A.** al abono de todas las **costas** causadas en este proceso.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer Recurso de APELACIÓN ante este Juzgado en el plazo de VEINTE días a contar del siguiente al de la notificación de la misma, en base a lo establecido en los artículos 458 y siguientes de la LEC con las modificaciones introducidas por la *Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de agilización procesal*.

Dedúzcase testimonio de esta resolución para su unión a los autos, quedando el original unido al libro de Sentencias de este Juzgado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 265 y 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta Sentencia lo acuerda, manda y firma Doña Rosa Begué Cuadrado, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sabadell y de su partido.

PUBLICACIÓN.- Léida y publicada la anterior sentencia por la Sra. Juez que la dictó, en legal forma, y en el mismo día de su fecha. Doy fe.