

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

SECCIÓN DECIMOSEPTIMA

ROLLO núm.

**JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 1 SABADELL (ANT.CI-1)
PROCEDIMIENTO ORDINARIO N°**

SENTENCIA núm. 85/2014

Ilmos. Sres.:

Don José Antonio Ballester Llopis
Doña María Pilar Ledesma Ibáñez
Doña María Sanahuja Buenaventura

En la ciudad de Barcelona, a cinco de marzo de dos mil
catorce

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección
Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes
autos de Procedimiento ordinario, número seguidos
por el Juzgado Primera Instancia 1 Sabadell (ant.CI-1), a
instancia de quien se encontraba
debidamente representado por Procurador y asistido de Letrado,
actuaciones que se instaron contra BANCO DE SABADELL, S.A.,
quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador
que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones
que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de
apelación interpuesto por la representación de BANCO DE
SABADELL, S.A. contra la Sentencia dictada en los mismos de
fecha 14 de febrero de 2012, por el Sr/a. Juez del expresado

Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"Que ESTIMANDO íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Toll Musteros, en nombre y representación de DON , asistido del Letrado Don Óscar Serrano Castells; contra el "BANCO DE SABADELL S.A.", declaro la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras suscritos entre ambas partes ,uno el 4 de marzo de 2008, confirmado el 24 de abril de 2009 y otro el de 16 de octubre de 2009 , y condeno al demandado a reintegrar la cantidad de 4.688,57 euros, más las que se devenguen hasta la terminación del procedimiento, y al pago de los intereses legales de todas las cantidades objeto de devolución y las costas del procedimiento. "

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de BANCO DE SABADELL, S.A. y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado diecinueve de febrero de dos mil catorce.

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

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a Maria Pilar Ledesma Ibañez .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Por la representación procesal de BANCO DE SABADELL, S.A se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 14 de febrero de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Sabadell.

Dicha resolución estimaba la demanda interpuesta por la representación de D. contra la entidad ahora recurrente, por la que el actor solicitaba, según las aclaraciones realizadas en el acto de audiencia previa, se declarase la nulidad, con las consecuencias inherentes a tal declaración, de los dos contratos de permute financiera (swap), suscritos entre las partes en fechas, respectivamente, el primero, el día 24 de abril de 2009, aunque este primer contrato en realidad tuvo efectos a partir del 31 de marzo de 2008 cuando fue verdaderamente suscrito por las partes habiendo extraviado la entidad demandada el contrato inicial, y, el segundo, el día 16 de octubre de 2009, aunque la primera liquidación correspondiente a este segundo swap se giró ya por el periodo correspondiente a los meses de junio a septiembre de 25 de septiembre de 2008. Ambos contratos se amparaban en el llamado contrato marco de operaciones financieras (CMOF) también suscrito por las partes el día 4 de marzo de 2008.

El demandante basaba su petición de nulidad en la concurrencia de vicio del consentimiento por error en la suscripción de dicho contrato.

Así, en síntesis, el actor viene a alegar que la entidad bancaria demandada le convenció de firmar los dos contratos de swap mencionados siempre sobre la base de que los mismos eran convenientes para la protección de los riesgos financieros que el Sr. tenía contraídos y ante la perspectiva de una tendencia alcista de los tipos de interés. Así, señala que BANCO DE SABADELL no le informó, en ninguno de los dos casos, de las consecuencias que para el actor se derivarían por efecto de las permutes financieras en el caso de una posible bajada de esos tipos de interés, tendencia a la baja de la que la entidad bancaria demandada debía ser consciente, habiendo omitido proporcionar dicha información a la actora, como tampoco le informó de la posibilidad y, en su caso, coste de una cancelación anticipada de los swaps. En

suma, se alegaba que BANCO DE SABADELL incumplió los deberes de información que le eran exigibles de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores (LMV).

La sentencia de primer grado sustenta su decisión estimatoria considerando que concurre en el presente supuesto el error invalidante del consentimiento prestado por el actor apelado que determina la nulidad de los contratos suscritos por las partes.

La entidad bancaria demandada interpone recurso de apelación reiterando en esta alzada los argumentos que ya le llevaron a oponerse a la demanda dirigida en su contra. Así, en primer lugar sostiene que concurre una falta de acción frente a la operación relativa al primero de los swaps, suscrito el 5 de marzo de 2008 y confirmado el 24 de abril de 2009 al haber sido cancelado anticipadamente a solicitud del cliente el 26 de marzo de 2009; en este sentido mantiene que la propia solicitud de la cancelación anticipada implica un acto propio contra el que ahora no puede ir el actor. Además, en segundo lugar, reitera que se habría producido una confirmación del contrato al haberse aceptado las liquidaciones positivas del mismo.

En tercer lugar, la recurrente aduce que la información prestada por la entidad bancaria fue correcta por lo que no puede hablarse de error en el consentimiento, máxime ante la imprevisibilidad de la evolución en el mercado del índice de referencia.

El apelado solicita la confirmación de la sentencia recurrida mostrando, en síntesis, su conformidad con los argumentos expuestos por la juzgadora de instancia.

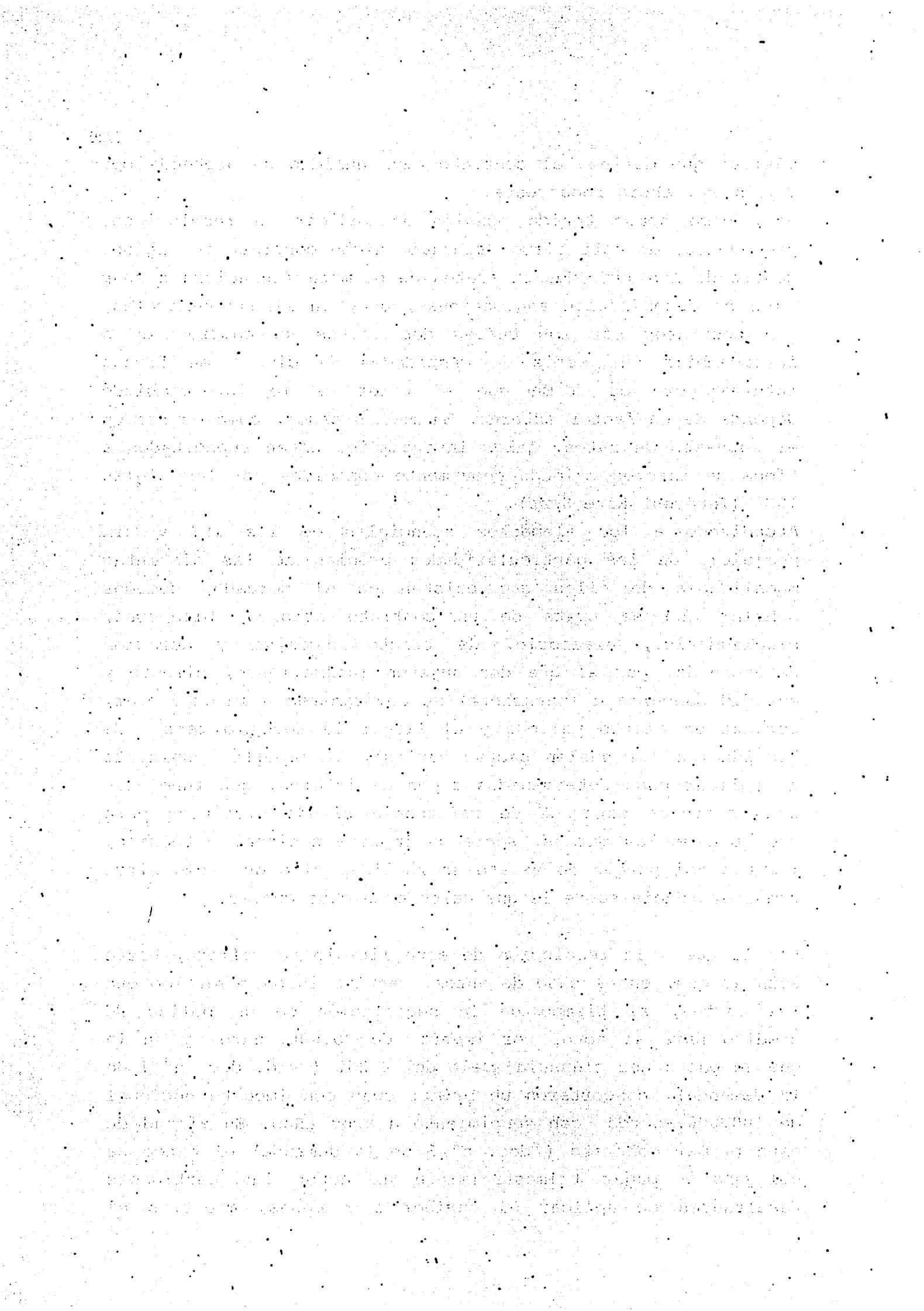
SEGUNDO.- Partiendo de los antecedentes expuestos en el fundamento anterior entendemos que resulta conveniente, a efectos de enmarcar la controversia, enunciar las notas

básicas que definen el contrato cuya nulidad se pretende por la actora, ahora recurrente.

Así, como hemos tenido ocasión de indicar en resoluciones precedentes de este mismo Tribunal, dicho contrato se engloba dentro de los llamados contratos de permuto financiera o swap (en su denominación anglosajona), que, en líneas generales, son contratos por los cuales dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras pero de forma que el valor de lo intercambiado depende de un factor externo. En muchos casos, como ocurre en el supuesto de autos, tales intercambios están supeditados a tipos de interés, siendo comúnmente conocidos por las siglas IRS (Interest Rate Swap).

Atendiendo a los elementos esenciales de los IRS y sin perjuicio de las particularidades propias de las distintas modalidades de ellos que existen en el mercado, podemos señalar que se trata de un contrato atípico, bilateral, sinalagmático, aleatorio, de trato sucesivo y duración determinada, por el que dos sujetos (normalmente, cliente y entidad bancaria o financiera) se comprometen a intercambiar, durante un cierto periodo y al llegar la fecha o fechas de liquidación (se suelen pactar varias), el importe resultante de aplicar unos determinados tipos de interés, que funcionan como factores externos de referencia siendo distintos para cada una de las partes, sobre un importe nocional o teórico, llamado así porque no existe en realidad sino que solo sirve como referencia sobre la que calcular dichas cuotas.

Por lo que a la resolución de este litigio se refiere, baste señalar que, en el caso de autos, resulta incontrovertido que las partes, al tiempo de la negociación de un póliza de crédito para el actor por importe de 25.000.-euros y en la que se pactó una cláusula suelo del 4,25% (vid. doc. nº 1 de la demanda), concertaron un primer swap con importe nocional de 100.000.-euros, con vencimiento a tres años. En virtud de este primer contrato (doc. nº 3 de la demanda) el banco se obligaba a pagar trimestralmente al actor las cantidades resultantes de aplicar el euribor a 3 meses, mientras el



cliente se obligaba a pagar, durante los dos primeros trimestres, la resultante de aplicar el euribor a tres meses menos un 0,15%, en los cinco meses siguientes, la resultante de aplicar un tipo fijo del 4,11 %, y durante el resto de la vida del contrato un tipo del 3,91%, de modo que, con ocasión de cada liquidación trimestral, las obligaciones de una y otra parte se compensarían, resultando una cantidad neta que abonaría aquella parte que resultase deudora. Cabe indicar que durante las primeras liquidaciones trimestrales resultaron positivas para el cliente pero que, a partir de la correspondiente a marzo del 2009, las liquidaciones eran deudoras para el actor. Ante la constancia de dichas liquidaciones negativas las partes cancelaron este primer swap anticipadamente, suscribiéndose otro en su lugar con el mismo importe nocial y con vencimiento a cinco años. En este segundo swap (vid. doc. n 4 de la demanda) se incrementaron los tipo fijos a pagar por el cliente: 3,49% en los primeros seis trimestres y 5,13% durante el resto de la vida del contrato. Además se contenía una barrera tipo floor. Igualmente resulta incontrovertido que en la fecha de contratación de este segundo swap los tipos de interés estaban ya muy por debajo de los pactados, concretamente, al cierre de abril de 2009 estaban al 1,77% y, en octubre de 2009, al 1,26%.

TERCERO.-Una vez establecidos los contornos de la figura contractual que nos ocupa, en líneas generales y en relación a los contratos concretamente suscritos en el caso autos, dado que el debate pivota sobre el análisis del comportamiento de la entidad bancaria aquí apelada en orden a determinar si pudo inducir a la actora a error que invalidara su consentimiento, como también hemos tenido ocasión de poner de relieve en resoluciones precedentes, conviene identificar la normativa sectorial que resulta de aplicación a fin de establecer cuáles son las pautas de conducta que deben exigirse, en general- y por tanto también a la apelante- a las entidades bancarias a la hora de comercializar las permutas financieras de tipos de interés.

Teniendo presente las fechas, antes reseñadas, en que fueron celebrados los contratos cuya nulidad se pretende, resulta de aplicación la Ley del Mercado de Valores (LMV), en su redacción reformada operada por la Ley 47/2007, que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007 y que venía a trasponer las Directivas Comunitarias sobre la materia, en particular la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004; relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID); concretamente el art. 2 de la LMV incluye las permutes financieras dentro del ámbito de aplicación de dicho texto legal. También es de aplicación la normativa reglamentaria dictada en desarrollo de la anterior que viene constituida por el RD 217/2008 que entró en vigor el 17 de febrero de 2008.

Como tenemos dicho, la aplicación de dicha normativa comporta dos consecuencias jurídicas fundamentales.

La primer de ellas es que permite calificar la permute financiera como contrato "complejo" desde un punto de vista legal, es decir, no sólo como consideración doctrinal o judicial. De todos modos, dicha complejidad venía siendo mayoritariamente apreciada por las resoluciones judiciales; estas vienen considerando que en dicho tipo de contratos existen elementos contractuales (tanto relativos a su funcionamiento como también al coste de su cancelación anticipada) que no resultan nada evidentes y que determinan que sólo puedan ser bien comprendidos y asumidos por quienes tengan amplios conocimientos financieros; o, por decirlo en términos de la SAP de León de 5 de marzo de 2012, "cuyo comportamiento y riesgos solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero, o en su caso, previa las oportunas y compresibles explicaciones, y después de hacerse por parte del banco las comprobaciones de que el cliente reúne las condiciones de idoneidad que se requieren normativamente para la

contratación de dichos productos". (En parecidos términos, vgr. SAP de Salamanca de 2 de marzo de 2012, de Zaragoza de 19 de marzo de 2012, entre muchas otras).

Como decíamos, esa complejidad ha venido a ser expresamente refrendada en la LMV cuyo art. 79 bis.8.a) permite incluir las permutas financieras dentro de los instrumentos financieros "complejos" por contraposición a otros a los que califica de "no complejos".

Además, en el caso de autos, la literalidad de los términos contractuales dista mucho de ser clara y accesible para alguien no versado en este tipo de productos financieros.

La segunda consecuencia jurídica de la aplicación de las citadas normas a este tipo de contratos determina la exigibilidad a quien los ofrece en el mercado de las especiales obligaciones informativas que se prevén en tales textos legales (art. 79 bis de la LMV) y que, en líneas generales, tienden a imponer a las entidades que ofrecen estos productos financieros una conducta informativa que permita asegurar que el cliente adopta sus decisiones con pleno conocimiento de causa.

Estas exigencias, tanto de necesidad de información al cliente, como de valoración de sus conocimientos en materia de productos financieros complejos así como de idoneidad para contratarlos, han sido reglamentariamente desarrolladas por el 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. El artículo 64 de esta norma, en su parte relevante, indica que: "1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, 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. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de

una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.

2. En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a. Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b. La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c. La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d. Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos.”.

Las anteriores normas determinan, además, que corresponda a la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información que exigen dichos preceptos, es decir, como señala la SAP de Zaragoza de 19 de marzo de 2012, la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde “a quien se ampara en la realidad de dicha información” (Vid. también SAP Asturias 21 de noviembre de 2011 o de Burgos de 7 de marzo de 2012).

Conviene mencionar que el Tribunal Supremo (TS), en Sentencia de Pleno de 18 de abril de 2013, ha concretado cuál ha de ser el estándar de información exigible a las empresas que operan en el mercado de valores en relación con las previsiones del art. 79 y actual 79 bis de la LMV; en este sentido el TS establece doctrina que le lleva a considerar que “las normas

reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito" , para concretar a continuación que deben facilitar "información completa y clara" y que entre "las exigencias de claridad y precisión en la información" se debe entender comprendida la necesidad de alertar "sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva". Además el TS expresamente indica que esa obligación de información legalmente requerida se debe traducir en una obligación activa de las empresas que actúan en este ámbito, y no de mera disponibilidad.

Por último, debemos señalar que el actor, en tanto trabajador autónomo, lampista de oficio, a los efectos de la indicada normativa aplicable debe ser reputado un comerciante minorista y, por ende, no experto en el sector financiero y acreedor de la máxima protección. En este sentido, conviene hacer constar que, pese a las afirmaciones del legal representante de la demandada, Sr. , al ser interrogado en el acto de juicio, ni siquiera consta que, con ocasión de la firma del CMOF y del primer swap, esto es, en marzo de 2008, BANCO DE SABADELL practicara al actor el llamado test de conveniencia exigido por aplicación de la normativa MIFID. Dicho test si le fue practicado con ocasión de la firma del segundo swap y es acompañado por la demandada en su escrito de contestación a la demanda (doc. nº 5, folio 352) con el resultado de que el producto que se le ofrecía no resultaba conveniente para el perfil financiero del Sr. CORTÉS. Es cierto que, adjunto a dicho test, la demandada acompañó (doc. nº 6) una denominada "carta de operación forzada tras test de conveniencia negativo" suscrita por el actor y en la que el mismo solicita la contratación de swap de cobertura de interés, según se indica, por su propia iniciativa.

Sobre este particular, podemos avanzar ya, sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, que consideramos que, en realidad, el actor suscribió dicho documento efectivamente forzado por la situación que le planteó el legal

representante de la entidad demandada y ante la información proporcionada por este en el sentido de que dicha nueva contratación sería ventajosa para el actor mientras que la alternativa venía constituida por el pago de una importante suma de dinero para cancelar el swap inicialmente contratado. Por ello, contestando a una de las alegaciones contenidas en el recurso, estimamos que dicha cancelación no fue decidida ante una opción real del actor y, en consecuencia, no le impide, por no resultar de aplicación de la teoría de los propios actos, como detallaremos ulteriormente, el ejercicio de la acción interpuesta.

CUARTO.- Sentado lo anterior y alterando por razones de claridad el orden en que vienen propuestos los motivos de apelación, debemos entrar a examinar si concurren o no los vicios del consentimiento sobre los que la actora recurrente hace descansar su pretensión de nulidad.

En este sentido, debe señalarse, en primer término, que el error, como vicio del consentimiento, como resulta de lo previsto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil (CC), puede ser definido como un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida.

Ahora bien, para que el mismo determine la ineficacia contractual no basta simplemente con que concurra dicha falsa representación o conocimiento de la realidad. El Tribunal Supremo (TS), en doctrina jurisprudencial consolidada, exige, para apreciar la concurrencia de error como vicio invalidante del consentimiento contractual, que exista por parte del contratante que lo alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento.

Ahora bien, debemos asimismo recordar que, como indicaba la STS de 30 de diciembre de 2009, también es posible apreciar la concurrencia de error como vicio de consentimiento "en

relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido", o, lo que es lo mismo, en los supuestos del llamado "dolo indirecto" o "error provocado".

Pues bien, habiéndose revisado en esta alzada el material probatorio obrante en autos, este Tribunal coincide plenamente con los razonamientos y con las conclusiones a las que llega la juzgadora de instancia, estimando que, en contra de lo que mantiene la demandada recurrente, procede declarar la nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos por la partes.

Ello tanto en aplicación de la normativa general contenida en el CC acerca del error vicio invalidante del consentimiento negocial, incluido el propiciado, como decimos, por "error provocado" o dolo indirecto, como al amparo de la normativa sectorial específica, antes reseñada, que estimamos incumplida por la mercantil apelante en lo que respecta a sus deberes de información correcta, completa, previa y comprensible a prestar a su cliente.

Ante todo y como hemos avanzado, cabe indicar que, pese a lo que se indica en la literalidad del documento de cancelación del primer contrato de swap habido entre las partes (doc. nº 1 de los acompañados a la contestación a la demanda) en donde se afirma que es el cliente el que solicita de la entidad bancaria la cancelación de la operación contratada (aparentemente el 24 de abril de 2009, pero en realidad en marzo de 2008), a partir de las propias declaraciones del legal representante de la demanda, Sr. , que fue quien, en nombre de la demandada apelante y por ser el director de la sucursal con la que operaba el actor, se ocupó personalmente de las negociaciones de los swaps de autos y, entre ellas, de la cancelación y contratación del segundo swap, resulta que lo cierto es que admitió que fue el propio Sr. , ante el deseo del actor al recibir las primeras

liquidaciones negativas de cancelar el primer swap y tras haberle informado del elevado coste de tal operación de cancelación, quien tomó la iniciativa de esta renegociación para la sustitución de la permute financiera, es decir, quien propuso la posibilidad de cancelar la que estaba en vigor y sustituirla por otra con unas condiciones diferentes (min. 13:22 y ss. del acto de juicio), que señaló como más ventajosas para el actor siempre planteando una perspectiva alcista de los tipos de interés.

Como decimos, fue el propio Sr. el que recomendó ese cambio por cuanto consideraba que beneficiaba al cliente, a quien, ante las posibles modificaciones al alza del Euribor a tres meses (índice de referencia de la operación), se le extendía, con respecto al primer contrato, el periodo de cobertura de la permute y se establecía un interés fijo mayor. El Sr. admite también que si recomendó el producto fue ante la consideración de un perspectiva alcista de los tipos de interés en los mercados; de hecho, él mismo afirmó que el producto no sería bueno para el cliente si se mantenía la tendencia, por otra parte ya iniciada al momento de la firma del segundo swap, a la baja de los tipos de interés, es decir, del índice de referencia pactado.

Así las cosas, incluso admitiendo que el actor pudiera comprender la mecánica esencial de los contratos de permute financiera, es decir, que entendiese que se trataba de un producto que operaba tanto para las subidas de interés -lo que beneficiaba al actor-, como para las bajadas -lo que beneficiaba a la demandada-, lo cierto es que no hay constancia documental de que al actor se le informara sobre la posibilidad de escenarios distintos al alcista pues ello no puede tenerse por acreditado por las meras manifestaciones del Sr. , por constituir meras declaraciones de parte, y, en los documentos acompañados a la demanda relativos a la publicidad ofrecida por la demandada sobre los productos concertados no hay alusión alguna a posibles situaciones del mercado que implicasen un pago por parte del cliente.

Además, en todo caso, la pregunta que cabe hacerse es si, para entender los contratos y valorar su conveniencia, para el actor era suficiente con entender el mecanismo anteriormente descrito -mecanismo que no hay duda que debía entender a la firma del segundo swap cuando ya había recibido liquidaciones negativas por razón del primero- o bien era necesario algo más.

Y, ciertamente, hay que concluir que, para poder valorar el contrato y su conveniencia, puesto que el resultado de aquél va a depender de las subidas y bajadas de los tipos de interés, hay que tener capacidad para estimar -o, lo que es lo mismo, especular- si los tipos van a subir o van a bajar, puesto que sólo en tal caso se puede valorar correctamente el producto.

Así, no debe olvidarse que la contratación se basaba en la relación de confianza que el actor tenía depositada en el director de la sucursal bancaria con la que operaba por lo que resulta admisible que, ante tal confianza, se dejara aconsejar por él, de tal modo que, no acreditando el actor especiales conocimientos financieros o económicos, antes al contrario dado el resultado del test MIFID, debemos concluir que la correcta formación de su voluntad dependía del adecuado asesoramiento de quien se suponía que sí los acreditaba, esto es, de la entidad bancaria demandada.

Por ello estimamos que el Sr. , incluso de haber empleado una diligencia normal o media, mal podía representarse la existencia de pérdidas económicas relevantes asociadas a una hipótesis de mantenimiento de tipos bajos de interés cuando la propia entidad financiera que le ofertaba el producto le había recomendado la renegociación del producto descartando la hipótesis de un escenario bajista prolongado pues, insistimos, como reconoció en juicio el Sr. , antes reseñada, cuando se firman ambos swaps cuya validez se impugna, los tipos de interés, salvo bajadas que se estimaban puntuales, llevaban años subiendo y las

expectativas, según dicho legal representante, eran que continuaría haciéndolo.

Pues bien, dicha consideración del Sr. pugnaba con los datos contendidos en el Informe de proyecciones de la Economía Española del Banco de España de diciembre de 2007, en donde específicamente se señalaba que "la tasa de inflación disminuirá a lo largo de 2008, de modo que en el cuarto trimestre se situaría por debajo del 3%" y se añade que para el 2009 se proyecta una disminución significativa del deflactor del consumo privado, hasta el 2,3%. En cuanto a los tipos de interés a corto plazo (medidos por Euribor a tres meses) se prevé un perfil descendente, de modo que se situaría, por término medio, en el 4,3% en 2008 y en el 3,7% en el 2009".

Este Informe del Banco de España sin duda lo debía conocer BANCO DE SABADELL dada su condición de operador en el mercado financiero, sin que conste que informara de ello al cliente.

En todo caso, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones acerca de si a mediados de año 2008 podían los bancos anticipar "razonablemente" la evolución futura de los tipos de interés o si los mercados financieros apostaban por un cambio en la evolución de los tipos de interés (lo cierto es que el Euribor no paró de subir hasta septiembre de 2008 iniciando luego un descenso vertiginoso a lo largo del año 2009 hasta llegar a cotas próximas al 1%), la previsión inmediata de que los tipos de interés continuarian subiendo no es óbice para que la entidad demandada diera correcto cumplimiento a su deber de información y trasladara también al cliente la posibilidad contraria, es decir, la de un escenario bajista.

Y, como indica la sentencia de esta misma Audiencia Provincial de 4 de noviembre de 20113 "es precisamente la no contemplación de esta hipótesis la que en buena medida sustenta el "error provocado" que este Tribunal reprocha a la entidad financiera pues pone de manifiesto que los empleados

del banco, siquiera de buena fe, tan solo se preocuparon de trasladar a la parte recurrente la previsión de una evolución al alza de los tipos de interés, omitiendo los elevados riesgos que encerraba el producto para el supuesto contrario, el de un escenario bajista, escenario que aun cuando pudiera no ser el más probable a corto plazo, era perfectamente posible y previsible a medio y largo plazo y no resulta admisible que pueda ofertarse un producto a tres años como el swap de autos sin efectuar una previsión válida para todo el periodo de su vigencia. Y esta importante desinformación (...) se ve agravada por el hecho de que no existía en el contrato ninguna protección para el cliente, mediante un tipo barrera o cualquier otro mecanismo de limitación de pérdidas similar al que existía en favor de la entidad financiera para el caso de que los tipos se fueran por encima del tope previsto pues evidencia, al margen de la injusta asimetría de este producto financiero, que la función de cobertura que había motivado su contratación era muy limitada cuando no prácticamente inexistente".

En suma, a juicio de este Tribunal nos encontramos ante un supuesto de "error provocado" por cuando el banco no informó adecuadamente al cliente de todos los riesgos que comportaba el producto financiero ofertado. Como hemos señalado en resoluciones anteriores, el art. 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1^a del Tribunal Supremo como referente interpretativo (entre otras, la STS de 17 diciembre 2008), reconoce el derecho de las partes a 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. De otra parte, el propio Tribunal Supremo asume esta concepción cuando señala que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (STS de 21

de noviembre de 2012), lo que puede tener lugar por un error propio de la parte contratante o un error provocado que reconduce la cuestión al llamado "dolo omisivo", "pues el dolo , en cuanto vicio del consentimiento contractual, comprende no sólo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe (STS de 29 de marzo de 1994 , entre otras)".

QUINTO.- Por último, la recurrente invoca también la teoría de los actos propios (ex. art. 111.8 del Código Civil de Catalunya y art. 7 del CC) y las normas acerca de la confirmación de los contratos (ex. art. 1.309 del CC) cuando argumenta, en síntesis, que el actor no puso objeciones al contrato mientras la liquidación le favoreció y que sólo postuló su ineficacia al recibir liquidaciones que le obligaban a pagar.

Tampoco podemos suscribir estas consideraciones.

Primero porque, como reconoce el legal representante de la recurrente y así lo manifiesta el Sr. , la primera queja del actor, aunque no fuera por escrito, se produjo con ocasión del recibo de las primeras liquidaciones negativas, quejas que se mantuvieron, tras la firma del segundo contrato, al mantenerse el signo negativo de las liquidaciones, con lo que no media tiempo en que la conducta del actor pueda reputarse concluyente e inequívoca a efectos de vincularla a sus propios actos ni a una actitud confirmatoria de los contratos. Por otra parte, muchas resoluciones judiciales estiman, en criterio que compartimos al menos en lo que al supuesto de autos se refiere, que el hecho de que el cliente reaccione al conocer la liquidación que le perjudica solo pone de manifiesto que fue entonces cuando conoció su error, así como el coste que le suponía la cancelación anticipada del contrato de permuta. En este caso el coste de la cancelación era tan elevado que dicha operación fue desaconsejada por director de la sucursal

bancaria, Sr. , quien, como hemos dicho, ofreció al actor la posibilidad de concertar un nuevo swap en otras condiciones, como reconoció que venía haciendo con otros clientes en similar situación a la del actor (min. 17.54).

Pero es que, además, estimamos que resulta de aplicación el criterio jurisprudencial, recogido, por ejemplo, en las SSTS de 16 de septiembre de 2004 o de 28 de septiembre de 2009, que rechaza la pertinencia de aplicar la doctrina de los propios actos a los supuestos de "error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia" ya que "el conocimiento viciado es notoriamente incompatible con la exigida intención manifiesta" que requiere dicha doctrina.

Consecuentemente con lo expuesto, al no haberse acreditado que se haya proporcionado por la entidad demandada, aquí apelante, la información adecuada sobre el contrato que se suscribía, no se puede considerar que el actor fuera consciente de lo que contrataba, ni con relación al primer swap ni con relación al segundo, provocando dicho déficit de información un error provocado, excusable en el cliente, que recaía sobre elementos sustanciales de los contratos, lo que determina la nulidad de los mismos por vicio en el consentimiento.

Ello conduce a la confirmación de la resolución recurrida, con ratificación de los argumentos recogidos en la misma, debiendo desestimarse el recurso de apelación interpuesto.

SEXTO.- Dada la desestimación del recurso se deben imponer a la recurrente las costas causadas en esta alzada de conformidad con lo establecido en el artículos 398 de la LEC.

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

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad BANCO DE SABADELL, S.A. contra la sentencia dictada en fecha 14 de febrero de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Sabadell en autos de Procedimiento Ordinario número 1100/2011 de los que el presente Rollo dimana, debemos CONFIRMAR dicha sentencia con expresa imposición a la recurrente de costas procesales causadas en esta alzada.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, **con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir**, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

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

20/20

sentencia en el mismo día de su fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.

