



AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA

PEDRO MORATAL SENDRA

PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

Alfambra, 14, 6º 1ª

Tel.: 93.206.36.64

Fax: 93.205.42.77

08034 - BARCELONA

NOTIFICADO 02/06/14

SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO núm.

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 27 BARCELONA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO N°


S E N T E N C I A núm. 237/14

Ilmos. Sres.:

Don Paulino Rico Rajo

Doña Maria Pilar Ledesma Ibáñez

Doña Ana María Ninot Martínez

	
IL·LUSTRE COL·LEGI PROCURADORS DE BARCELONA	
RECEPCIÓ	NOTIFICACIÓ
30 -05- 14 / - 2 -06- 14	
Article 151.2	L.E.C. 1/2000

En la ciudad de Barcelona, a veintiocho de mayo 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 27 Barcelona, a instancia de quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra BANCO MARE NOSTRUM 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 MARE NOSTRUM S.A. contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 16 de mayo 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:

"FALLO:Que, ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador Sr.Moratal Sendra en nombre y representación de , DEBO DECLARAR y DECLARO la nulidad del contrato de cobertura de tipos de interés (Collar Bonificado de tipos de interés) de fecha 4 de julio de 2008 suscrito por con la Caixa d'estalvis del Penedes, hoy Banco Mare Nostrum S.A., y DEBO CONDENAR Y CONDENO A BANCO MARE NOSTRUM S.A a la devolución a la actora de la suma de VEINTICINCO MIL CUARENTA Y SEIS EUROS CON VEINTISEIS CENTIMOS (25.046,26 euros) más todas aquellas cantidades que hasta la terminación del procedimiento se puedan devengar y pagar por el actor devengadas de dicho contrato, más los intereses legales que correspondan desde la interposición de la demanda hasta el pago, con imposición a la demandada de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de BANCO MARE NOSTRUM 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 catorce de mayo de dos mil catorce.

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

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª Ana María Ninot Martínez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- . La sociedad formuló demanda de juicio ordinario contra CAIXA D'ESTALVIS DEL



PENEDÉS (hoy BANCO MARE NOSTRUM) solicitando la declaración de nulidad del contrato de cobertura de tipos de interés Collar Bonificado de fecha 4 de julio de 2008 suscrito con la demandada y la condena de ésta a la devolución de 25.046,26 € más todas aquellas cantidades que se puedan devengar, invocando como motivo de la nulidad el error en el consentimiento.

Aduce la demandante que en fecha 18 de julio de 2006 suscribió con la Caixa d'Estalvis de Penedés un crédito hipotecario por importe de 386.400 € y que en julio de 2008 el directo de la oficina, , con quien le unía una gran amistad y relación de confianza, le ofreció un seguro ante las subidas de tipos de interés, firmando la actora el día 4 de julio de 2008 un contrato de cobertura de tipos de interés en la modalidad de Collar Bonificado. La actora afirma que firmó el mencionado contrato convencida de que estaba suscribiendo un seguro ante las subidas de los tipos de interés variable. Sostiene que la Caixa no le explicó suficientemente las características del producto ni le informó de los riesgos del mismo. Reconoce que se le practicó el test de conveniencia pero alega que las respuestas fueron redactadas por la entidad financiera y no responden a la realidad. Sostiene asimismo que el Collar bonificado no era un producto adecuado para ella que es cliente minorista. Refiere que sólo ha recibido una liquidación positiva, la primera, por importe de 205,46 €, y que el resto de las liquidaciones han sido todas ellas negativas sumando la cantidad de 25.046,26 € hasta la fecha de interposición de la demanda. Denuncia que la Caixa d'Estalvis del Penedés contaba con información privilegiada sobre las tendencias evolutivas de los tipos de interés, sabiendo que éstos bajarían como así fue sólo dos meses después de la firma del contrato. Denuncia también el desequilibrio de las prestaciones de las partes que frustran la finalidad del contrato. La actora invoca error en el consentimiento provocado por el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando ante la falta de información con respecto al producto comercializado, alegando que se trata de un



instrumento financiero complejo y de alto riesgo del que no se le informó adecuadamente ni en cuanto a sus características, ni respecto a sus riesgos y cancelación anticipada.

A la pretensión deducida se opuso la demandada BANCO MARE NOSTRUM, como sucesora de Caixa d'Estalvis del Penedés, que negó la existencia del error denunciado. Según la demandada, el producto no se ofreció nunca como un seguro antisubidas gratuito, se contrató en un escenario de subidas de los tipos de interés, se facilitó a la actora adecuada y cumplida información sobre el producto haciéndole entrega de un dossier explicativo, con ejemplos y gráficos, y se le practicó el test de conveniencia exigido por la ley. La demandada afirma que la actora conocía suficientemente el producto y sostiene que, en todo caso, de entenderse concurrente el error, éste sería inexcusable. Finalmente, la entidad financiera alude a la existencia de actos propios posteriores a la formalización del contrato, como son la percepción de liquidaciones, que confirmarían y convalidarían el contrato.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona, estimando que la ausencia de información adecuada por parte de la entidad financiera había generado un vicio en el consentimiento de la actora, declaró la nulidad del contrato de cobertura de tipos de interés Collar Bonificado de 4 de julio de 2008 y condenó a Banco Mare Nostrum a la devolución de la suma de 25.046,26 € más todas aquellas cantidades que pudieran devengarse hasta la terminación del procedimiento, con los intereses legales desde la interposición de la demanda hasta el pago, y con imposición a la demandada de las costas causadas.

BANCO MARE NOSTRUM interpone recurso de apelación en el que, tras reproducir buena parte de su escrito de contestación, alega como motivos del recurso la indebida valoración del test de conveniencia, la inexistencia de error en el consentimiento en cuanto al funcionamiento esencial del contrato, la inexistencia de error en el consentimiento en cuanto a la



cancelación y la inexistencia de desequilibrio entre las prestaciones.

Por su parte, , apelada, se ha opuesto al recurso de apelación interesando la íntegra confirmación de la sentencia impugnada, mostrando su conformidad con los argumentos contenidos en la sentencia e insistiendo en la existencia de error en el consentimiento provocado por la falta de información precontractual y contractual.

SEGUNDO.- Se reproduce en esta alzada la cuestión debatida en primera instancia que no es otra que determinar si cuando la sociedad suscribió el contrato de cobertura de tipos de interés Collar Bonificado de fecha 4 de julio de 2008 incurrió en error susceptible de determinar la nulidad del referido contrato.

El contrato cuya nulidad se pretende es de los que se conoce como contratos de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (swap). Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, caracterizado por la doctrina como consensual, oneroso, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra) y de duración continuada. Este tipo de contratos está generalmente relacionado con alguna modalidad de financiación en los mercados de capitales, siendo, sin embargo, totalmente independiente de ésta.

La permuta financiera de interés supone un contrato en el que dos partes pactan, durante un período preestablecido, hacerse pagos recíprocos por intereses denominados en la misma moneda sobre un mismo principal nocional o teórico pero con tipos de referencia distintos. La estructura genérica o básica tiene los siguientes componentes: 1) Existe un principal teórico o nocional constante, que es la cantidad que sirve de referencia para realizar las liquidaciones de intereses. 2) Pagos



periódicos por intereses según diferentes bases de referencia (fijo contra variable o variable contra variable), que se liquidan por compensación a cada vencimiento. 3) Se opera en la misma moneda, normalmente la moneda nacional de las contrapartes. 4) No existe intercambio de principal, dado que los devengos de intereses se realizan en función de un principal teórico. Así pues, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contraparte 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.

En concreto, el contrato de autos es de la modalidad Collar Bonificado, con fecha de inicio 15/07/2008 y fecha de vencimiento 15/07/2012, con importe nominal de 300.000 €, Tipo Variable Euribor 90, Tipo Floor 4,45%, Tipo Cap 5,05%, Barrera 5,50% y Diferencial 0,10%. Si el Tipo Variable excede el Tipo Cap, la Caixa ha de pagar al cliente una cantidad Cap calculada sobre el importe nominal; si el Tipo Variable cae por debajo del Tipo Floor, el cliente tendrá que pagar a la Caixa una cantidad Floor calculada sobre el mismo importe nominal; si el Tipo Variable se mantiene entre el Tipo Floor y el Tipo Cap, ninguna de las partes hará pago a la otra; y si el Tipo Variable es igual o superior a la Barrera, la parte obligada a pagar la cantidad Cap abonará a la otra, en lugar del mencionado importe, la cantidad que resulte de multiplicar el importe nominal por el Diferencial (folios 482 a 484).

TERCERO.- La normativa aplicable en atención a la fecha del contrato (4 de julio de 2008) viene constituida por la Ley de Mercado de Valores en su redacción dada por la Ley 47/2007,



que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007, y que supuso la trasposición al Derecho nacional de 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 (conocida como Directiva MIFID). Y también es de aplicación la normativa reglamentaria dictada en desarrollo de la LMV, integrada por el RD 217/2008, que entró en vigor el 17 de febrero de 2008.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar en resoluciones precedentes de esta misma Sala sobre la materia, la aplicación de dicha normativa comporta dos consecuencias jurídicas fundamentales que resultan relevantes en el presente caso (SAP secc. 17, de 19 de Julio del 2012 Ponente Sra. Ledesma:

La primera de ellas es que permite calificar la permuta 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 comprensibles 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".

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 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.

Así, el art. 79 bis de la LMV indica literalmente que:

"1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.



4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar



12/22

CUARTO.- Como primer motivo de su recurso de apelación esgrime BANCO MARE NOSTRUM la indebida valoración que hace la sentencia del test de conveniencia cuando ésta concluye que la evaluación de la conveniencia efectuada por la Caixa no fue conforme a los mandatos exigidos en la Ley de Mercado de Valores y el RD 21/2008. La recurrente sostiene, por el contrario, que la evaluación de la conveniencia sí cumplía las exigencias derivadas de la normativa aplicable.

Esta sala comparte, como no podría ser de otro modo, las consideraciones que la recurrente hace sobre el deber de clasificar al cliente que impone la ley a las entidades financieras en una de las tres categorías posibles: cliente profesional, contraparte elegible y cliente minorista, determinando la clasificación del cliente un grado de información y evaluación distinto. Asimismo se compare la clasificación de la mercantil actora

como cliente minorista, clasificación en la que coinciden ambas partes.

Pero no pueden compartirse las alegaciones que sobre la valoración del test de conveniencia vierte la recurrente.

La finalidad del test de conveniencia es la prevista en el art. 79.bis.7 LMV y no es otra que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Para ello, la empresa deberá solicitar al cliente información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado. El artículo 73 RD 217/2008 dispone que a los efectos de lo dispuesto en el art. 79.bis.7 citado, las entidades "deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado". Y a la información que hay que recabar se refiere el art. 74 según el cual esa información incluirá los siguientes datos:

- 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



período 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.

Entiende la recurrente que el test de conveniencia practicado a como legal representante o administrador de la mercantil demandante cumple con las exigencias legales, afirmación que la sala no comparte.

El citado test (folio 478) contiene cinco preguntas, dos cualitativas (1. ¿Ha realizado inversiones durante los tres últimos años en coberturas tipo interés? No. 2. ¿Está usted familiarizado con este producto? Sí.) y tres cuantitativas (3. Especifique su nivel de estudios: Estudios superiores. 4. Especifique su actividad laboral, actual y pasada, en los términos que se especifica: Nunca he trabajado en el sector financiero. 5. Especifique la periodicidad de sus inversiones: frecuencia media (trimestral)).

Se trata de preguntas genéricas de cuyas respuestas difícilmente puede la entidad financiera obtener la información necesaria para valorar la conveniencia de la operación. Pero es que además no puede obviarse la forma en que se cumplimentó dicho documento. El Sr. ha negado haberlo rellenado él personalmente y el Sr. , director en su día de la oficina en la que operaba la actora, manifestó que imaginaba que él preguntaba y el cliente contestaba. El Sr. declaró que el test de conveniencia lo facilita la entidad, está en el ordenador y se cumplimenta conjuntamente con el cliente. A preguntas concretas, el Sr. ha manifestado no saber qué estudios tiene el Sr. , no recordar qué inversiones había realizado (alude a algún tipo de fondo de renta fija, extremo que niega el Sr. , y a operaciones en Bolsa). Es verdad que el Sr. firmó el test y que además en el acto del juicio manifiesta haberlo leído, pero no es menos cierto que también ha manifestado que advirtió al empleado que no tenía estudios superiores y que el Sr. le contestó que no era un dato importante, que se trataba de una mera formalidad. Por lo demás, resulta irrelevante si el Sr. tenía estudios superiores (él



manifiesta que cursó COU y el Sr. manifiesta ignorar ese dato), pues en todo caso lo que es seguro que no tenía son estudios financieros. En todo caso, el dato relativo a los estudios, superiores o no, no tiene más trascendencia que evidenciar la poca rigurosidad con que se cumplimentó el test. Por lo demás, debe señalarse que la mercantil demandante es una sociedad que se constituyó al parecer para la construcción de una vivienda en un solar, sin ninguna otra actividad conocida, siendo su administrador el Sr. que forma parte de una empresa dedicada a la instalación de aire acondicionado.

En definitiva, entendemos que con este contenido y atendida la forma en que se cumplimentó, el documento aportado como test de conveniencia no puede servir a la finalidad que está llamado a cumplir.

QUINTO.- Como segundo motivo de oposición esgrime la apelante la inexistencia de error en el consentimiento. Conviene recordar para empezar lo que el Tribunal Supremo ha venido diciendo sobre el error, doctrina que resume perfectamente la STS de 21 de noviembre de 2012 cuando dice que:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta



materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo -sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente



representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o, génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida."

Sostiene la recurrente que no se ha practicado en autos ninguna prueba tendente a acreditar la existencia del pretendido error padecido por la actora, considerando que, por el contrario, constan en autos pruebas, preteridas en la sentencia, que indican todo lo contrario siendo indicios claros de la inexistencia del error. En concreto, BANCO MARE NOSTRUM señala como tales los siguientes: 1) la parte actora recibía las liquidaciones que cada mes se generaban por razón de la cobertura; 2) la actora recibió la primera liquidación



17/22

con signo positivo; 3) la actora tuvo una reunión previa donde se le explicó el producto y las condiciones; 4) el Sr. reconoció que se le explicó que el producto no era un seguro y que el efecto sería el de fijar los tipos de interés; 5) la actora ha reconocido que en la reunión se utilizaron fichas y gráficos por parte de la empleada de Caixa Penedés; 6) se ha aportado el dossier explicativo utilizado en la reunión donde aparecen todos los productos ofrecidos; 7) la actora ha reconocido que se hablaron de condiciones como la duración, tipos de suelo, techo y barrera; 8) el legal representante de la actora fue sometido al test de conveniencia y tuvo el resultado de conveniente; 9) el Sr. reconoció que antes de firmar el contrato se lo leyó; 10) reconoció también haber visto los ejemplos de funcionamiento del contrato antes de firmarlo; y 11) el contrato define claramente que es un instrumento financiero derivado y que en caso de bajada de los tipos variables, el cliente tenía que afrontar el pago de liquidaciones. La apelante concluye que en modo alguno ha quedado acreditada la existencia del error pretendido por la actora, esto es, la comercialización del producto como un "seguro gratuito antisubidas".

No puede desconocerse que algunas de las afirmaciones anteriores son ciertas, pero no todas. Es verdad que el Sr.

acudió a una reunión informativa en el Departamento de Banca Privada acompañado del Sr. donde otra empleada de la Caixa Penedés informó de los productos de cobertura de tipos de interés; es verdad también que el Sr. ha reconocido que en esa reunión se le mostraron gráficos, que leyó el contrato antes de firmarlo y que en el contrato constan ejemplos de funcionamiento del collar. Por el contrario, no consta que se entregara al Sr. el dossier acompañado como documento nº 19 con el escrito de contestación a la demanda en que se explican diversos productos (swap fijo, swap bonificado, collar, collar bonificado), extremo que el Sr. ha negado, habiendo manifestado que solo se le explicó el collar bonificado. Tampoco es verdad que se discutieran las condiciones; sólo se pactó el importe nominal (que había de ser similar al del crédito hipotecario), pero no



los tipos de interés, elemento esencial del contrato, respecto del cual el Sr. manifestó en el acto del juicio que los tipos no se negociaron sino que vienen determinados por el Departamento de Tesorería. En cuanto a las liquidaciones, el director de la oficina ha admitido que el Sr. fue a quejarse cuando recibió la primera liquidación negativa.

La apelante pone especial énfasis en la declaración del Sr.

cuando éste contestó a la pregunta de si le explicaron cómo funcionaba el producto, manifestando que "no era un seguro", que era un producto que cubría las posibles subidas, que la tendencia era que los tipos de interés estaban subiendo y que era un producto con el que más o menos tendría un tipo fijo de interés. Pero este párrafo de la declaración (que la apelante reproduce dos veces) no puede entenderse aislado, sino en relación al conjunto de su declaración, habiendo manifestado el Sr.

que él estaba pagando muchísimo de hipoteca, quiso cubrirse sobre posibles subidas de interés, le ofrecieron este producto, con este producto conseguía tener un tipo fijo que nunca pagaría más de una cantidad y si pagaba más esto le compensaría, añadiendo que no entendió que tuviera que pagar cuando bajaran los tipos de interés, sino que sólo le cubría contra las subidas.

En cualquier caso, ninguna de las alegaciones de la recurrente desvirtúa la conclusión a la que llega la sentencia de instancia. Y es que lo que se reprocha a la entidad financiera es que no facilitó al cliente toda la información de que disponía y que podía ser relevante para la conclusión del contrato.

Como señala la sentencia de esta misma sección de fecha 14 de noviembre de 2013 (ponente Sra. Sanahuja) en un supuesto en el que también era parte Caixa d'Estalvis Penedés: "Por el contrario, las entidades de crédito tienen conocimiento de informes y de las tendencias del mercado económico y financiero nacional e internacional y en base a ello ofrecen determinados productos. Así, según el Informe de proyecciones de la economía española del Banco de España de diciembre de 2007, "la tasa de inflación -a la que se refiere el contrato de permuta financiera (swap 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. Y este Informe del Banco de España sin duda lo debía conocer Caixa Penedès, sin que conste que informara de ello al cliente.

Negando ese conocimiento, la recurrente afirma que nada hacía prever la caída de los tipos de interés, sino que por el contrario expone extensamente en su recurso que parecía que iban a subir, lo que sin duda fue lo que comunicó a su cliente. Ahí está la base del error de consentimiento de la actora, pues la demandada la llevó a hacerse una representación equivocada de las condiciones de fluctuación de los tipos de interés, de la que era principal conocedora, que le indujo a celebrar un contrato en el que sólo había certeza de pérdida para el cliente, y en modo alguno podía cumplir la finalidad que pretendió alcanzar la actora al suscribirlo, protegerse del riesgo de subida de los intereses y la inflación, pues todos los indicadores eran de descenso habida cuenta de la crisis económica y financiera generalizada. Ello no procede encauzarlo en la existencia de un riesgo razonable y aleatorio en función de las subidas o bajadas de los indicadores tomados en consideración en los contratos, sino más bien en una previsión de ingresos seguros para las entidades de crédito ante los pronósticos conocidos por ellas. La demandada no cumplió con las exigencias legales, no informó a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características de un contrato que se caracterizaba por su alto riesgo, dependiente de la evolución del mercado, y que, por su propia naturaleza, entrañan operaciones complejas, y no tanto por las reglas de cálculo a aplicar sino por las variables que inciden en las mismas, y ello cuando sobre todo se trata de una empresa minorista, sin experiencia en la contratación de productos del tipo del concertado, por lo que su responsable no comprendió al tiempo



de firmar el contrato las consecuencias del mismo. Ello supuso un error al prestar su consentimiento con aptitud suficiente para invalidarlo. Un error esencial, puesto que afecta a la obligación principal del contrato (el pago en función de la relación entre los tipos de interés o el IPC y la referencia), al cálculo de su importe, y la característica de alto riesgo del mismo. Y un error excusable, pues se trata de un contrato complejo para el empresario medio (que debe entenderse como aquel que no se dedica a los mercados de inversión), que tiene conocimientos del sector profesional al que se dedica y que se encuentra en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario, sin contar con específicos conocimientos en la materia y sin ser informado por la entidad financiera de manera transparente y suficiente. Y todo ello determina la nulidad del contrato por error en el consentimiento, como se razona en la sentencia de instancia."

Lo expuesto en la referida resolución es plenamente aplicable al caso de autos por las razones apuntadas en los párrafos anteriores. Pero es que además cabe añadir que el contrato en cuestión no fue concertado a iniciativa de la actora sino de la Caixa Penedés y que aparece vinculado al préstamo hipotecario concertado con la misma entidad, sino en el tiempo pues se concierta dos años después, es la existencia de esta hipoteca la que mueve a la actora a contratar el collar con la finalidad de cubrir la subida de los tipos de interés, hipoteca que contaba con una cláusula suelo del 3%.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por BANCO MARE NOSTRUM y confirmar la sentencia de instancia.

SEXTO.- La apelante combate también las consideraciones que la sentencia contiene a propósito de la cancelación anticipada. Alega la recurrente que la documentación firmada por la actora dejaba bien claro que el contrato, en caso de cancelación, comportaría una liquidación final y a precio de mercado, estableciéndose claramente el procedimiento de determinación, en la Condición General 12ª, cotizando a otras entidades financieras, eliminando la cotización más baja y la más alta, y fijando el precio como una media aritmética del



resto de cotizaciones.

Con independencia de otras consideraciones, debe traerse a colación la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014 según la cual "no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato. Entre otras razones, porque el ordenamiento posibilita depurar el defecto con remedios específicos que pueden operar sobre la propia cláusula o sobre sus efectos".

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398, se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente dada la desestimación del recurso de apelación.

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

F A L L A M O S

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por CAIXA D'ESTALVIS DE PENEDES (actualmente BANCO MARE NOSTRUM) contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona en fecha 16 de mayo de 2012 en autos de Procedimiento Ordinario nº , de los que el presente rollo dimana, y, en consecuencia CONFIRMAR dicha sentencia, con imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte recurrente.

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.



22/22

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.

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