

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1  
VILAFRANCA DEL PENEDÈS  
Juicio Ordinario**

**SENTENCIA Nº 132/2013**

En Vilafranca del Penedès a 25 de noviembre de 2013.

Vistos por mí, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Peralta, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Vilafranca, los presentes autos de Juicio Ordinario número en los que han intervenido, como parte demandante representada por el Procurador de los Tribunales D./D<sup>a</sup> Cristina Camats Franco y asistida del Letrado D./D<sup>a</sup> Mercedes Freira Santos y como demandado CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS, representada por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> Carmen Solè Esteve y asistida del letrado D.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se turnó a este Juzgado demanda de juicio ordinario de fecha 6 de marzo de 2012 que formulaba el procurador mencionado en la representación ostentada, contra CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS en ejercicio de acción de nulidad de contrato financiero celebrado entre las partes.

Y tras exponer los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que en su día se dictare sentencia estimando la demanda, acompañando a la misma los documentos justificativos de su pretensión.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS que compareció en autos y se opuso a la misma en escrito de fecha 22 de noviembre de 2012, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicando la desestimación integral de la demanda.

**TERCERO.-** Que fueron convocadas las partes a la Audiencia previa para intentar llegar a un acuerdo o transacción que pusiera fin al proceso, y caso contrario examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar la prosecución y terminación mediante Sentencia.

**CUARTO.-** Que no llegándose a un acuerdo entre las partes, examinadas las cuestiones planteadas y fijados los hechos controvertidos, se propusieron por las partes los siguientes medios de prueba:

a) Por la parte actora: Interrogatorio de la parte actora,

documental y testifical.

b) Por la demandada: documental y testifical.

Examinadas y admitidas las pertinentes y útiles, se señaló fecha para la celebración del juicio.

**QUINTO.**- Celebrado el juicio con la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, y verificado el trámite de conclusiones por los litigantes, quedaron los autos conclusos para Sentencia; habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del presente juicio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Ejercita la parte actora una acción de nulidad de pleno derecho del contrato llamado SWAP de fecha 12 de enero de 2007 y el contrato llamado de Collar bonificado suscrito entre las partes en fecha 17 de abril de 2008. Subsidiariamente se declare el incumplimiento y la responsabilidad de la demandada por la falta de asesoramiento e información suficiente en la comercialización de los referidos productos. Condenando en ambos casos a la demandada a la devolución a la actora de la cantidad de 26.014,99 euros devengados y pagados hasta la fecha, más todas aquellas que se pudieran devengar y pagar a la entidad financiera, más intereses legales y costas, todo ello en base principalmente a la ausencia de información del producto contratado por parte de la entidad bancaria, en general incumplimiento de ésta de sus obligaciones y falta de preparación económica del actor.

Por su parte, se opone la entidad bancaria alegando en síntesis que cumplió en toda su extensión con la normativa financiera, así como el carácter de entendido en la materia que tenía el demandante, instando la desestimación de la demanda y la condena en costas de la contraparte.

**SEGUNDO.**- Constituyen hechos controvertidos del presente procedimiento los siguientes: si ha existido o no falta de consentimiento del demandante; si se le ha dado la suficiente información; si el contrato SWAP y el llamado contrato de collar bonificado fueron presentados como seguros; perfil del actor, de manera que se determine si goza de la suficiente preparación para comprender este tipo de contratos; si CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS ha cumplido o no la normativa financiera; y por último, si la demandada conocía con antelación la crisis financiera que iba a sobrevenir.

**TERCERO.**- Como coinciden la mayoría de Audiencias provinciales, el SWAP de intereses o permuta financiera de tipos de interés es un contrato carente de una regulación detallada, que sin embargo aparece mencionado en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, al cual por lo tanto le es de aplicación. Su contenido y características no vienen definidos legalmente sino por el uso que se ha hecho del mismo en la contratación mercantil.

La mecánica opera del siguiente modo: el cliente tiene una deuda con el Banco que paga a un interés variable (Euribor en este caso) y le interesa

convertir ese interés en un tipo fijo. Para ello contrata un SWAP obligándose a pagar al Banco un interés fijo sobre un determinado nominal que resulte coincidente con la deuda que tiene con el Banco, y el Banco paga al cliente el Euribor sobre el mismo nominal; cuando el Euribor suba por encima del tipo fijo, la consecuencia es que el cliente pagará por la deuda el Euribor, pues los términos de la deuda no se modifican, pero recibirá por efecto del SWAP la diferencia entre el tipo fijo y el Euribor. Cuando éste descienda por debajo del tipo fijo, el cliente pagará este Euribor, que es inferior al tipo fijo del SWAP, pero como está obligado a pagar al banco la diferencia entre los dos, resulta que seguirá pagando el mismo tipo fijo. Este es el efecto que normalmente tienen los SWAP de intereses cuando son productos ofrecidos por las entidades financieras a sus clientes. Para la entidad financiera es una operación de inversión, de carácter netamente especulativo, pero para el cliente es una operación que le asegura de las fluctuaciones o cambios de interés.

El contrato collar es una operación en la que se combinan dos figuras o contratos el "cap" y el "floor". El resultado de estos contratos es que el prestatario se garantiza el pago de un tipo de interés que oscila entre un mínimo y un máximo que figuran en los contratos suscritos, a cambio del pago de una prima. El collar es una forma de disminuir para un prestatario, el riesgo de cambio de tipo de interés de una forma más limitada que con un cap, pero también más barata. En el collar, el prestatario adquiere un cap pero a la vez vende un floor.

De esta manera:

- Si el tipo de interés supera la barrera marcada cobrará por el cap comprado y no tendrá que pagar nada por el floor vendido.
- Si el tipo de interés se mueve entre el límite máximo y mínimo de los dos contratos, ni cobrará nada ni pagará nada por estos contratos.
- Si el interés baja por debajo del límite contenido en el contrato de floor, entonces deberá pagar por este contrato hasta el mínimo establecido.

De esta manera sucede que cuando el tipo es alto, la carga de interés se ve rebajada por lo que cobra del cap, y cuando el interés es bajo, aunque la carga de intereses se rebaja, pero al añadir los pagos del floor se paga el mínimo pactado.

El efecto de estas dos operaciones contrarias, abarata el coste de la operación, pero elimina la posibilidad de beneficiarse de una caída de los tipos de interés por debajo del mínimo pactado en el floor.

Así explicado, es evidente que el cliente-consumidor confía su cartera de valores o sus ahorros a la entidad bancaria para su inversión con la pretensión de obtención de una alta rentabilidad (o al menos la mejor posible), asumiendo desde luego el riesgo de la operación, pues en definitiva se trata de la obtención de frutos civiles de su patrimonio. Pero puede exigir a la entidad que gestiona su cartera de valores o sus fondos que al invertir actúe con los parámetros de profesionalidad cualificada a que hemos hecho referencia, cumpliendo la normativa que regula la materia que impone estrictas obligaciones a estas entidades que repercuten en normas de derecho público en cuanto tratan de asegurar la limpieza y eficacia del mercado de valores pero que trascienden a las relaciones privadas entre el banco y su

cliente.

La mayoría de jurisprudencia menor, se decanta por entender la nulidad de este tipo de contratos; por citar algunas de las más recientes, Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2<sup>a</sup>, Sentencia de 24 mayo de 2012; AP de Madrid, Sección 20<sup>a</sup>, Sentencia de 9 mayo 2012; AP de Asturias, Sección 7<sup>a</sup>, Sentencia de 10 dic. 2010, AP de Barcelona, Sección 11<sup>a</sup>, Sentencia de 16 dic. de 2010; AP de Álava, Sección 1<sup>a</sup>, Sentencia de 18 enero de 2011, esta última habla incluso de maquinación insidiosa del banco para contratar estos productos.

**CUARTO.-** En el caso de autos se pide de forma principal la nulidad del contrato de SWAP y el contrato de collar bonificado, en primer lugar por error en el consentimiento debido a una mala, escasa o nula información proporcionada por la entidad bancaria. El error en el consentimiento defiende el actor consistió en creer que el SWAP y el collar bonificado eran seguros que cubrían el tipo de interés; hay que partir desde luego no son contratos de seguro porque entre otras cosas falta el pago de la prima.

Si analizamos los términos del contrato marco de operaciones financieras, en el que se contrataba un Swap y posteriormente en fecha 17 de abril de 2008 un collar bonificado (doc. nº 3 y 4 de la demanda), vemos que en los mismos se recogen las diferentes cláusulas donde se establecen los pactos y regulaciones que regirá entre las partes, incluso en su apartado de *Conocimiento de los riesgos de la operación*, se recoge textualmente "las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. Cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo".

Para entender la mecánica del SWAP es necesaria una detallada explicación, y aunque puede tener para el cliente el beneficioso efecto de asegurar el pago de un determinado tipo de interés, no dejan de tener del todo un componente especulativo. De esta forma, y por un defecto de información, quizás confiando en una situación por aquella época favorable, se puede perder de vista otra posterior que ya no lo sea. Por eso las condiciones en las que se haya firmado el SWAP (plazo de duración, vinculación con otras operaciones de endeudamiento, importe del nominal, cláusulas que afecten de forma diferente al banco y al cliente, barreras que impidan una excesiva diferencia de tipos) no son irrelevantes para una mayor o menor exigencia del deber de información de la entidad bancaria; también habrá que tener en cuenta el conocimiento que el cliente tenga de estas operaciones, su perfil, así como sus necesidades y motivaciones para contratar un SWAP.

Partiendo de que en estos casos en los que el "onus probandi" pesa sobre la entidad financiera, cabe llegar a la conclusión de que el actor fue debidamente informado del carácter aleatorio y del riesgo que asumía. Así se recoge en el propio contrato, donde a la hora de definirlo se habla de *Permuta Financiera de Tipos de Interés*, estableciendo que consiste en que *el Banco paga trimestralmente un tipo variable (Euribor 12M) fijado al inicio de*

cada periodo de cálculo trimestral / el Cliente paga trimestralmente: i) el tipo fijo correspondiente (si el Tipo Variable Medio Trimestral resulta ser igual o inferior al Tipo Barrera Knock-In correspondiente) o ii) el Tipo variable Medio Trimestral menos el diferencial correspondiente, en su caso (si el Tipo Variable Medio Trimestral resulta ser superior al Tipo Barrera Knock-In correspondiente), considerando de este modo que en el clausulado del contrato se especifica la fórmula por la que se obtendrá el resultado final, si bien es cierto que esas fórmulas financieras no son de fácil comprensión por el cliente si no se le advierte con toda claridad y queda documentado de las posibilidades de evolución de la misma, unido al perfil profesional con el que cuenta el demandante para realizar este tipo de operaciones.

Asimismo debe considerarse que tiene establecido Jurisprudencia consolidada que para que el error como vicio de consentimiento sea invalidante conforme al art 1265 y al 1266 del C. Civil es preciso: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen y precisamente de la que de manera primordial motivo la celebración del negocio atendida la finalidad de este (STS 12.7.02 , 24.1.03 , 12.11.04 o 17.7.06), b) que se de este en el momento de la perfección del contrato y c) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado por el empleo por parte de quien lo ha sufrido de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, siendo que de acuerdo con los postulados de la buena fe este requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por este declarante.

De lo actuado resulta acreditado que los contratos se ofrecieron por el banco como contratos de permuta financiera; prestó información por escrito y detallada sobre la naturaleza, efectos, modalidades jurídicas y riesgos inherentes al producto, incluidas simulaciones de posibles escenarios, se remitió al demandante el dossier con toda la información, remitiéndole precontratos, para posteriormente tras ser redactados finalmente por el departamento de tesorería, se firmaron en las oficinas del administrador de la mercantil actora , ratificado todo esto por el testigo director de la oficina cuando se contrató el producto y por el Sr

, gestor comercial de la entidad quien además manifestó conocer en profundidad al Sr. siendo este administrador junto a su mujer de una empresa familiar dedicada a la construcción y otra dedicada a la I decoración.

Es preciso hacer una breve mención a las permutas financieras, su concepto, clases y naturaleza para saber realmente ante qué tipo de contrato o producto nos encontramos. La permuta financiera en sentido amplio comprende una serie de productos financieros que dan lugar a flujos de pagos entre las partes contratantes en función de la evolución de un índice de referencia y normalmente con la finalidad de cubrir el riesgo de variación de dicho índice en relación con otras operaciones de préstamo o crédito. Dentro de estas permutas financieras podemos encontrar los swap (que pueden ser de diversas clases) o los collar. De hecho el término " swap " es una palabra

anglosajona que significa canje o cambio en castellano. Por este motivo a veces se utiliza la palabra swap para referirse a todo tipo de permuta financiera, cuando en realidad es un tipo o clase de permuta.../... Según esto, con este tipo de productos se obtienen liquidaciones o canjes periódicos cuyo resultado positivo o negativo para el cliente depende del comportamiento del índice elegido y que normalmente, y para lo que a nosotros nos interesa en este caso, son tipos de interés pero que puede tratarse del precio de una materia prima u otro valor fluctuante. Esto supone que las permutas financieras o los contratos que incorporan cláusulas de este tipo tienen un alto componente especulativo y por consiguiente un elevado riesgo, al igual que ocurre con los derivados, en las operaciones bursátiles. Su naturaleza es igual a los llamados derivados financieros como son los futuros y las opciones. Los derivados son instrumentos financieros cuyo valor viene determinado ("deriva de") el precio de un activo subyacente (intereses, acciones, divisas, bienes...) por lo que las permutas financieras con carácter general pueden considerarse productos derivados, especulativos y complejos.

Se trata de un contrato que ha sido calificado como atípico, lícito al amparo del *art. 1.255 C.C.* y 50 del C. Comercio, consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas (*SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 20 enero 2012*). En la mencionada modalidad de tipos de interés, 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 contratante, lo que da lugar a una liquidación periódica a favor o en contra de uno de los contratantes.

La documentación presentada por la actora indica cómo en este tipo de instrumento derivado financiero las dos partes se comprometen a intercambiar en unas fechas prefijadas unos flujos periódicos consistentes en aplicar un tipo de interés a un nominal. El cliente paga fijo y recibe variable, de modo que al estar referenciado el producto al tipo de interés es el primero quien asume el riesgo de bajada, mientras que el vendedor asume el riesgo de subida.

Ello implica que, sin perjuicio de su carácter sinalagmático, el contrato no es simétrico ni esencialmente de cobertura, sino especulativo. Obsérvese que la posible cobertura sólo es realmente significativa en un escenario hasta ahora inédito, porque el Euribor nunca ha superado el 5,75%.

Debe añadirse que los contratos en cuestión son un tanto complejo, por la dificultad de entender las cláusulas contractuales y la dinámica de su funcionamiento, en cuanto instrumento financiero sometido a la *Ley del Mercado de Valores* (artículo 2.2., que incluye 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) y calificado como contrato complejo en el *artículo 79 bis. 8, a) de dicha ley.*"

Desde el punto de vista de la realidad financiera, se trata de un contrato que no es simétrico y está desequilibrado a favor de la entidad financiera, pues las liquidaciones a favor de los clientes o la mera compensación solo se producirían en un escenario remoto de Euribor por encima del 5,50%, y que es un contrato especulativo, inapropiado para cubrir los riesgos por incremento de los tipos de interés, pues los tipos cubiertos a favor de los clientes son de probabilidad remota, y que no refleja de forma suficiente ni comprensible para un cliente minorista los riesgos asumidos por el cliente.

Es decir, los contratos Swap y collar objeto de este procedimiento son contratos financiero o de inversión, de naturaleza compleja y de comprensión muy difícil para cualquiera que no sea un experto financiero, experticia que no se da en este supuesto, en que pese a no ser de aplicación la legislación para consumidores y usuarios, las características del administrador de la mercantil actora no denotan conocimientos financieros , siendo especialmente relevante que el escenario en que la liquidación es favorable a la actora, aunque escasamente, se inicia en euríbor 5,50% cuando el euríbor ha tenido un máximo histórico de 5,75 %; es decir, existe un claro desequilibrio en los riesgos a favor de la entidad bancaria, por lo que difícilmente es un buen producto para "servir de cobertura frente a las subidas de los tipos de interés" como reiteradamente insiste el testigo comercial de la demandada Sr. \_\_\_\_\_ que fue la finalidad de la contratación y por qué era bueno para la actora.

**QUINTO.-** La información que la entidad bancaria debe facilitar en este tipo de contratos está sometida a una regulación exhaustiva que ha sido analizada en muchas de las sentencias dictadas sobre swaps. Vaya por delante que la demandada tiene razón cuando afirma que la infracción de la normativa sectorial que regula los deberes de información y de transparencia no produce como efecto la nulidad del contrato, que es lo que se pretende en la demanda. No obstante, es importante reseñar los hitos más relevantes de esta regulación porque en ella se establecen las pautas de deber de información, de modo que marca un listón mínimo en la actuación de las entidades bancarias, superado el cual habrá de concluirse en la existencia de indicios de una adecuada formación del consentimiento. En todo caso, no conviene perder de vista que el carácter sinalagmático del contrato no impide, como ha destacado la jurisprudencia, que deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual, de acuerdo con la norma general del *artículo 7 del Código Civil*.

La información exigible desde la perspectiva de la normativa sectorial que regula la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, entendiendo que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia es esencial

para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios, por la necesidad de preservar la eficiencia del sistema y de tutelar al cliente bancario. Las normas más relevantes se encuentran en la ya citada *Ley 24/1.988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*. El artículo 79, en su redacción original, establecía como regla básica 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. Como es sabido, la Ley del Mercado de Valores fue modificada por la Ley 47/2007, para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La introducción de la distinción entre clientes profesionales y minoristas ha servido para extremar las obligaciones de información en las operaciones realizadas con éstos últimos, en los términos regulados en el artículo 79bis, que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales.

Así, toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. A los clientes se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que puedan "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, teniendo en cuenta las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos y recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos.

Con posterioridad a la reforma de la LMV, el *Real Decreto 217/2.008, 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 ha reforzado los mismos principios inspiradores de la citada reforma*. Su artículo 64, al regular la información sobre los instrumentos financieros, insiste en incluir en la información que debe facilitarse los riesgos conexos al instrumento financiero de que se trate. El artículo 60 regula las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa, exigiendo, en primer lugar, que la información sea exacta y no destaque los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible. En segundo lugar, que sea suficiente y se presente de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios. En tercer lugar, que no oculte, encubra o minimice ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

Se ha discutido en este procedimiento si resulta de aplicación al producto financiero contratado la normativa MIFID, no es cierto, por lo demás, que el Informe del Banco de España sobre la reclamación formulada por el actor

excluya la normativa MIFID, ya que lo que dice literalmente es que "este Servicio tampoco puede valorar el producto contratado por el reclamante bajo la óptica del estricto cumplimiento de los requisitos impuestos por la normativa MIFID, aplicables únicamente a la contratación de productos de inversión por parte de los clientes de entidades financieras, ni la de Consumidores y Usuarios, que deberá ser valorada, en su caso, ante los tribunales de justicia".

La afirmación que hace el Servicio de Reclamaciones del Banco de España sobre la aplicación de la normativa MIFID a los productos de inversión trae causa de la Resolución Conjunta de la CNMV y el Banco de España de 20 de abril de 2010 que señala que en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura (...) deben ser sometidos al régimen de protección del cliente bancario con arreglo a los criterios y normativa aplicable a las entidades de crédito », y que « el hecho de que el producto principal sobre el que gira el derivado (instrumento financiero) vinculado sea un producto bancario, supone que el cliente a la hora de ser informado del producto ofertado y de valoración de la adecuación del mismo a sus características, debe tener las garantías propias de cliente se servicios bancarios y no de inversor ya que no emplea o quiere el derivado como producto de inversión sino sólo en cuanto vinculado a un producto bancario y con objeto de mirar los riesgos de fluctuación de tipos de interés o de cambio de divisas.

También debe llamarse la atención sobre el cambio de criterio que ha tenido el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, ya que en situaciones similares a la actual, los informes han tenido un contenido muy diverso, análisis que se transcribe en los siguientes términos:

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

2.- Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

3.- Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

4.- Entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las

entidades bancarias en nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento.

Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

5.- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera.

**SEXTO.-** Entrando en el asunto del perfil del actor, hay que afirmar que el administrador y fundador junto a su esposa y la sociedad Decoración Godoy Pino S.L (también de carácter familiar como su propio nombre social indica) de la empresa , contando únicamente con un contable, siendo su objeto social la construcción, reparación y rehabilitación de edificaciones y trabajos de albañilería con un capital social de tres mil cien euros, dedicándose a la construcción (según lo manifestado por el testigo Sr. Flores, director de la oficina de la entidad). Lo que la prueba permite alumbrar es que el banco ofreció la contratación dando a entender que de este modo el cliente se "cubría" frente a la eventual subida de tipos de interés. tendencia de los tipos que, de forma sin duda imprecisa, iban a referenciar las obligaciones de una y otra parte. Esta forma de exponer el contenido del contrato quizás se explique por el escaso atractivo que para cualquiera supone 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. Si La Caixa D'Estalvis del Penedès o cualquier otra entidad bancaria expusiera que el contrato en esencia se reduce a tal apuesta (paga el banco si los tipos de referencia suben por debajo de cierto nivel, paga el cliente si los tipos bajan), sería difícil conseguir la suscripción de esta clase de productos. Pero si lo que se ofrece, aderezado de múltiples explicaciones

sobre la tendencia alcista de los mercados -que luego nunca se confirmó- es una forma de evitar las costosas consecuencias de tal elevación de tipos, el producto se vuelve más atractivo, aunque la explicación no responda fielmente a la naturaleza del mismo. Esta práctica ha sido criticada por numerosas resoluciones de Audiencia Provincial, referidas a supuestos de vicios del consentimiento, que cuestionan que pueda ofrecerse como seguro un contrato de permuta de tipos de interés o swap (*SAP Jaén, Secc. 3<sup>a</sup>, de 27 de marzo de 2009; SAP Pontevedra 7 abril 2010; SAP Asturias de 23 de julio de 2010; SAP Bizkaia, Secc. 4<sup>a</sup>, de 14 septiembre de 2010* y la antes citada *SAP Valencia, Secc. 9<sup>a</sup>, de 6 de octubre de 2010*).

Respecto a las previsiones sobre la evolución del Euribor y la información dada por la entidad financiera, el Euribor es un índice que fue creado en junio de 1999. No es el cliente el que debe conocer la evolución histórica del índice ya que no se trata de un profesional y no basta con que se aporten unas gráficas sobre ello sino que deben ser explicadas. Así, revisando la evolución de este índice es posible comprobar que el Euribor no ha superado nunca el tipo fijo pactado por las partes (5'49 %) en los últimos diez años. Pero lo más importante es comprobar que siempre que Euribor ha superado el 5%, ha iniciado una tendencia descendente a un plazo de tres años, algo que no consta que los responsables de la entidad hubiesen advertido al cliente ya que afirman que no sabían que los tipos fuesen a descender (página 6 de la contestación a la demanda). La ***SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 2010*** a la cual se remite la ***SAP de Palma de Mallorca, sección 5, del 22 de Julio del 2011 (ROJ: SAP IB 1610/2011)***, pone de manifiesto que la información relevante no es lo obvio, es decir, que si suben los tipos paga la entidad financiera y si bajan paga el cliente. Lo relevante es la información sobre la evolución de los tipos y su previsión: "Es evidente que ostentado el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de intereses aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas de tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable, y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor).

Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato, y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo una variable referencial, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial. ...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 o no sus intereses. Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe

del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información, mientras el Banco si las posee".

En abril de 2008, cuando se firmó el contrato collar bonificado, ya se conocían las previsiones que a finales del 2007 hizo el FMI sobre la entrada en recesión de la economía, lo cual se confirmó posteriormente en el segundo trimestre de 2008. Los operadores económicos sabían por lo tanto que una nueva recesión se avecinaba y, como es lógico, y ya había ocurrido en otras ocasiones como en la crisis del año 2000, los tipos de interés iban a bajar. Cuando una crisis económica se asoma en el panorama internacional, se bajan los tipos de interés para fomentar el crédito como consecuencia de ello el consumo, para paliar los efectos de la recesión. Las entidades de crédito son las primeras que conocen esto entre otras cosas porque el Euribor lo fija el Banco Central Europeo.

Desde hace diez años los tipos de interés se han mantenido en franjas que oscilan del 2% al 5%. Así, cuando la entidad demandada fija como tipo de interés límite el 5'49%, está colocando su riesgo en una zona de improbabilidad, es decir, sabe que es prácticamente imposible que los tipos superen ese ratio y menos aún que en tres años se mantengan en esa situación. Además los tipos de interés no dependen de factores incontrolables como ocurre con el precio de las acciones, sino que la subida o bajada de los tipos es tan sencillo como que el BCE lo decida. Los criterios de convergencia van a impedir siempre que el BCE eleve los tipos más allá del 5'5% ya que ello a su vez supondría una bajada de los precios y de los mercados financieros. Esto lo sabe un operador económico experto pero no puede saberlo el administrador de una empresa familiar como el demandante. a la fecha de la firma del contrato ya existían previsiones especializadas conforme la subida del Euribor iba a remitir porque era por presiones inflacionistas y desde enero de 2008 las entidades financieras en general tenían en su poder previsiones de bajada del Euribor. Es decir, Caixa D'Estalvis del Penedès incumplió su deber de informar expresamente y con claridad de todas las circunstancias que podían afectar a la formación de la voluntad contractual del cliente, entre ellas desde luego conocer con claridad y detalle si el producto financiero les convenía conociendo los hipotéticos escenarios simulados de subidas o bajadas del Euribor y su efecto sobre el contrato collar bonificado sobre los préstamos hipotecarios a los que estaba dando supuesta cobertura, y conociendo con certeza las condiciones y costes de la cancelación anticipada, además de la previsión a la baja del euríbor, lo que la prueba anterior ha acreditado que no se cumplió, y tal omisión de su deber de informar ha de ser calificado de doloso a los efectos civiles, al ser 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, por lo que ha de concluirse que en la emisión de la declaración de voluntad del actor concurrió dolo de Caixa D'Estalvis del Penedès , que ha de calificarse de grave y sobre lo que era la cosa y la causa del negocio, generándose en el actor un error en su

consentimiento de naturaleza esencial e inexcusable, y conforme los *arts. 1265, 1266, 1269 y 1270* del *código civil* procede declarar la nulidad del mismo.

**SEPTIMO.-** Declarada la nulidad contractual, interesa la demanda que se condene a Caixa D'Estalvis del Penedès a restituir a la actora el importe de la suma por el pagada que, según la última liquidación al interponerse la demanda, es decir, hasta el 12 de julio de 2010 en el caso del contrato swap suscrito en fecha 12 de enero de 2017 que asciende a 9.969,47 euros y en el caso del contrato collar suscrito en fecha 17 de abril de 2018, hasta el 20 de noviembre de 2010 cuyo montante asciende a 16.045,52 euros, resultando un total de 26.014,99 euros.

La consecuencia de la declaración de nulidad del Anexo II y de la compra directa de acciones litigiosas, es la que resulta del *artículo 1303 del CC* pues "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...". En lo que a los intereses se refiere hemos de estar - como parámetro aplicable - a lo que resulta del *artículo 1108 del CC* pues siendo la consecuencia de la ineficacia la restitución de una cantidad de dinero - que constituye una obligación pecuniaria - las reglas indemnizatorias a falta de pacto consisten en el abono del interés legal, que es el determinado para cada período temporal en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Lo que confirma el Tribunal Supremo afirmando que: "El *artículo 1303 CC*, invocado como infringido, no se opone a ello, pues su propósito es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto de la invalidez y la jurisprudencia ha declarado que la obligación que en él se establece para los contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato nulo, con sus frutos, y el precio con los intereses, puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas económicos derivados de la nulidad **contractual**, por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones contenidos en los *artículos 1101 y siguientes CC*, que establecen la obligación de resarcir los perjuicios nacidos del incumplimiento, teniendo en cuenta su carácter previsible o su vinculación con el hecho que da lugar a ellos ( *STS de 26 de julio de 2000*).

Es decir, tal como se pide, procede condenar a la demandada al reintegro al actor de las sumas procedentes, previa liquidación de resultados positivos, si los hubiera, y negativos, con el interés legal desde las respectivas liquidaciones o pagos de los actores, conforme los *arts. 1101 y 1108 CC*, y devengándose los intereses procesales del *art. 576 LEC* desde la fecha de esta resolución.

**OCTAVO.-** En lo que respecta a las costas, y en aplicación del criterio del vencimiento objetivo establecido en el *art. 394.1 LEC*.

## FALLO

**Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por COREBARN EIXAMPLE S.L contra CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS:

1º Declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 12 de enero de 2007, en el que se integran la confirmación de operación de permuto de tipos de interés (swap) y la confirmación cobertura tipo de interés collar bonificado, suscritos en fecha 12 de enero de 2007 y 17 de abril de 2008 por el administrador único de la mercantil con CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS.

2º Condeno a CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS a restituir al actor las cantidades resultantes a su favor tras realizar la compensación entre las liquidaciones recíprocas que se han realizado o se realicen en el futuro en ejecución de tal contrato.

3º En particular, condeno a CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS a pagar a COREBARN EIXAMPLE S.L la suma de 26.014,99 euros 12 de julio de 2009 por lo pagado hasta 20 de noviembre de 2010, con el interés legal desde las respectivas liquidaciones o pagos de la actora y devengándose los intereses procesales del *art. 576 LEC* desde la fecha de esta sentencia. Si hubiera liquidaciones y pagos posteriores, se liquidarán y abonarán en ejecución de sentencia.

4º Con imposición a CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS de las costas de esta instancia.

Contra la presente, cabe Recurso de Apelación, a interponer en el término de veinte días desde la notificación de la presente. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, **para admitir a trámite el Recurso de Apelación será requisito imprescindible**, que al interponerlo se haya consignado en la entidad Banesto, y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Juzgado y procedimiento, la suma de **cincuenta euros (50 €)**.

Igualmente, para presentar recurso de apelación, deberá abonar con carácter previo la cantidad de 120 euros, de acuerdo a lo previsto en el art. 15 de Ley 5/2012 de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, aprobada por el Parlament de Catalunya.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, Dña Ma Teresa Rodríguez Peralta, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Vilafranca del Penedès y su partido.

**PUBLICACIÓN.**- Dada, leída y publicada, ha sido la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, encontrándose en el día de la fecha, con mi asistencia, celebrando audiencia pública. Doy fe.