

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 2 DE BARCELONA
Juicio Ordinario número

NOTIFICADO 05/05/14

SENTENCIA (73/2014)

En Barcelona, a 29 de abril de 2014.

Vistos por Doña MARIA EVA MIMBRERA TORRES, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Barcelona, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos con el número a instancias de (en adelante,), representada por el Procurador Sr. Moratal y defendida por el Letrado Sr. Serrano, contra CATALUNYA BANC, SA (en adelante, CATALUNYA BANC), representada por el Procurador Sr. de Anzizu y defendida por el Letrado ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Moratal, por escrito de 13 de mayo de 2013 presentado por vía telemática y en la representación antes indicada, se formuló demanda de Juicio Ordinario contra la citada demandada.

La parte actora alegaba que:

1. La actora, tratándose de una sociedad modesta constituida desde el año 2002 y siendo su actividad la gestión y tratamiento digital de documentos y fondos documentales, suscribió el 27 de mayo de 2008 con la actual demandada un “collar con barreras y compensación” por importe de .-160.000.- euros y con una vigencia de .-5.- años, suscribiéndose igualmente un contrato marco de operaciones financieras (en adelante, CMOF).
2. La actora era cliente habitual de la demandada, siendo su oficina de referencia la antaño abierta en la calle , número , de Barcelona y dentro de la misma el interventor Sr. , con quien los dos únicos socios de la empresa, Sr. y Sr. , mantenían un trato cordial y de confianza, careciendo dichos Sres., de conocimientos o formación financiera y ostentando un perfil claramente minorista, habiendo rechazado siempre la contratación de productos financieros de riesgo, tal y como conocía el Sr. .
3. A mediados de mayo de 2008 y hallándose el Sr. en la oficina bancaria fue abordado por el Sr. , manifestándole éste que tenía una solución contra las subidas de los tipos de interés y presentándole un nuevo producto que la entidad había diseñado para sus mejores clientes con la finalidad de estabilizar los costes financieros de las financiaciones que tenían vigentes.
4. Sin embargo y siendo el producto finalmente contratado un “collar con barreras y compensación”, el mismo era un producto financiero complejo y con riesgo, que nada tenía que ver con la cobertura de tipos y cuyo efecto neutro o compensatorio resultó incierto dado que el importe nominal contratado no coincidía con los pendientes de amortizar respecto de los préstamos vigentes, además de que el riesgo financiero de la actora en el momento de contratar el producto era de .-96.000.- euros, inferior al nominal fijado en el “collar”, constatándose pues claramente su fin especulativo.

5. El producto fue presentado a la actora como una suerte de “seguro”, obviándose toda referencia a la posible existencia de liquidaciones negativas, sin efectuar ninguna simulación de cálculo y siéndole manifestado que podía cancelarse a su voluntad.

6. Además el producto imponía un desequilibrio en las prestaciones de ambas partes dado que la cobertura real que la entidad ofrecía a la actora lo era sólo de un .-0'42.-% (a partir del .-4'89.-% y hasta la barrera del .-5'31.-%), siendo que si los tipos de interés caían sin embargo por debajo del .-4'89.-% la relación de cobertura se invertía, siendo entonces el cliente quien debía abonar al Banco la liquidación correspondiente hasta tal .-4'89.-%, sin que se estableciera una barrera desactivante a la baja.

7. La actora leyó el documento que se le presentó, redactado por la entidad, y no entendió prácticamente nada, ante lo que el Sr. _____ le tranquilizó indicándole que el producto era sencillo y que su funcionamiento se ajustaba a las explicaciones ofrecidas y al folleto o publicidad utilizado en la comercialización, esto es, a una suerte de “seguro”, mostrándole unas gráficas de la evolución del EURIBOR y de los tipos hipotecarios en Estados Unidos y dándole a entender que dicha tendencia era alcista.

8. El producto además se presentaba como un beneficio ligado al crédito, siendo en realidad un producto totalmente independiente, que no quedaría cancelado aunque la actora cancelara anticipadamente su financiación y no adaptándose la duración del “collar” al plazo de duración de los préstamos previamente concertados.

9. El aviso contenido en el contrato sobre la posibilidad de cargos para el cliente en el caso de que los tipos de interés variables referenciados se situaran por debajo del mínimo pactado era genérico y de nuevo incomprendible para personas no avezadas a especulaciones financieras, no efectuándose ejemplo alguno, ...

10. Corresponde a la entidad bancaria, en aplicación de la normativa de aplicación en la materia, asesorar al cliente sobre las características y riesgos de estos contratos así como sobre la conveniencia o no de su contratación, siendo el de autos un producto no adecuado para la actora.

11. La demandada ocultó la información privilegiada que le constaba sobre el estado y evolución de los tipos de interés y que a medio plazo los mismos se desplomarían y estarían por debajo del tipo mínimo pactado, incurriendo con ello en mala fe y contrariando las buenas prácticas bancarias.

12. Existían además en el mercado otros productos distintos a los “swaps” con los que la entidad actora podía tratar de cubrir el riesgo de pérdidas derivadas de las fluctuaciones del tipo de interés tales como los “cap”, “floors”, “barreras”, ..., no siéndole en cambio ofertada a la actora alternativa alguna al “collar” suscrito y creado a medida de las necesidades exclusivas de la entidad bancaria en el que el Banco asume la posición de comprador y el cliente la de vendedor, siendo en realidad el cliente el que asegura a la entidad bancaria frente al riesgo de una bajada del tipo de interés, asegurándole la percepción de un interés fijo sin que el Banco pague al cliente ninguna prima.

13. Resultado de la operativa del contrato suscrito la actora ha abonado hasta la interposición de la demanda cargos por total de .-20.562'28.- euros y ha percibido .-263'69.- euros, resultando de ello un saldo desfavorable a la demandante de .-20.298'59.- euros.

14. La demandada incumplió con las normas imperativas del mercado de valores (falta de transparencia, actuación contraria a la eliminación de los conflictos de intereses, ausencia de una gestión prudente, falta de disposición de medios para el cumplimiento de las normas de conducta del mercado de valores, falta de información, información incompleta, inactividad en cuanto a la averiguación de los conocimientos y experiencia del cliente en la contratación de productos financieros de inversión, ...), siendo por ello nulo el contrato suscrito.

15. Además y dada la deficiente o nula información suministrada por la demandada concurrió un vicio en el consentimiento contractual prestado por (error relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando), procediendo por otro lado también por ello la anulación del contrato “collar” dado que de haber recibido la actora una adecuada información sobre las características del producto contratado no lo hubiera adquirido, no hallándose ni prescrita ni caduca dicha acción.

16. La consecuencia obligada de la nulidad indicada es la recíproca restitución de las prestaciones entregadas, con sus frutos e intereses.

17. Subsidiariamente procede la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios por la entidad demandada dado el incumplimiento por su parte de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos del producto.

18. Han resultado infructuosos los intentos realizados en orden a alcanzar una solución extrajudicial de la problemática expuesta.

19. En base a todo lo expuesto y conforme a los fundamentos de derecho indicados en la demanda finalizaba la parte actora solicitando que se dictara en su día sentencia por la que se declarara la nulidad del contrato “collar con barreras y compensación” suscrito por las partes en fecha 27 de mayo de 2008, condenándose a éstas a la recíproca restitución de prestaciones, debiendo la demandada restituir a la demandante en la suma de .-20.295'59.- euros, con más las liquidaciones negativas que vencieran a cargo de la actora una vez interpuesta la demanda y con más los intereses legales que correspondieran desde las respectivas fechas de cargo de cada liquidación y hasta su efectivo pago o, subsidiariamente, debiendo declararse la resolución del citado contrato ante el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la comercialización del producto, condenándose a la misma a abonar las mismas sumas antedichas en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Y ello condenando en todo caso a la demandada a abonar las costas procesales causadas en este pleito.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 10 de junio de 2013 se emplazó a la parte demandada para la contestación a la misma en tiempo y forma, previas las advertencias legales al respecto.

TERCERO.- Verificando el citado trámite compareció en nombre y representación de la demandada el Procurador Sr. de Anzizu quien, por escrito de 15 de julio de 2013, contestó a la demanda formulada de contrario, oponiéndose en los siguientes términos:

1. En primer lugar y siendo que las relaciones entre las partes se realizaron en el ámbito

mercantil, la actora no era consumidora ni usuaria respecto de la demandada.

2. La actora, que tenía en el momento de celebrarse el contrato una financiación concertada por importe de .-190.000.- euros, quería vista la escalada alcista del EURIBOR contratar un producto financiero que limitara el riesgo de subida de dicho tipo de interés en los préstamos que tenía contratados.

3. Así fue como se planteó a la actora la posibilidad de contratar una cobertura de tipos de interés, produciendo además el “swap” un efecto compensador con la citada financiación y, dado que la tendencia de los tipos contemplaba también algún escenario de ligera bajada, se optó por la fórmula de un “collar” dado que el mismo, si bien no cubría al alza el .-100.-% de una subida de forma indefinida, permitía que la bajada de los tipos de interés hasta el .-3’89.-% no implicara liquidaciones para la entidad demandante.

4. La contratación se efectuó con todas las garantías de información y de acuerdo con la legislación vigente, siendo la información facilitada abundante, clara y completa, sin dejar lugar a dudas sobre los derechos y obligaciones de las partes, facilitándose a la actora un documento informativo personalizado que, además, se explicó por el empleado de la entidad bancaria, siéndole además efectuado a la demandante un test de conveniencia.

5. La lectura del contrato permitía extraer las condiciones básicas del mismo sin necesidad de ser un experto en la materia, siendo el documento simple y claro.

6. Además, se suscribió también un CMOF por el que se regulaban determinados aspectos no esenciales del contrato y se remitió incluso a la actora por correo electrónico un documento de confirmación de la operación que nuevamente detallaba todas sus condiciones y que también se suscribió, no existiendo vicio alguno en el consentimiento prestado por MARTEM.

7. El contrato desplegó sus efectos durante más de .-5.- años hasta su extinción, remitiéndose a la actora periódicamente por correo electrónico las liquidaciones en que también se explicaba su resultado, siendo abonadas tales liquidaciones sin incidencia alguna hasta la interposición de la demanda, ya en el año 2013, cuando al albur de algunas sentencias dictadas por algunos Tribunales la actora descubrió su súbita ignorancia, pudiendo hablarse de una confirmación tácita del contrato.

8. En suma y tras alegar los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, finalizaba la parte demandada solicitando que se dictara en su día sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda formulada frente a ella de contrario. Todo ello, con expresa imposición de las costas procesales causadas en este pleito a la parte actora.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de 17 de julio de 2013 se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa de este juicio el día 11 de diciembre de 2013.

QUINTO.- A dicho acto acudieron ambas partes, debidamente asistidas y representadas.

Celebrada la misma y tras un primer intento de conciliación sin éxito las partes se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos iniciales, no planteando cuestión procesal previa ni alegación complementaria alguna.

En cuanto a los documentos aportados por las partes con sus respectivos escritos, no realizaron éstas especial manifestación.

A continuación se fijaron los hechos controvertidos y los admitidos, ratificándose ambas partes en los términos indicados en sus respectivos escritos iniciales, intentándose a continuación un nuevo acuerdo también sin éxito.

La parte actora propuso como medios de prueba la documental obrante en autos, debiendo darse la misma por reproducida, más documental y testificales. La parte demandada propuso la documental obrante en autos, debiendo darse ésta de nuevo por reproducida, el interrogatorio de la actora y testificales.

Todos los medios probatorios fueron admitidos salvedad hecha de determinada prueba más documental propuesta por la parte actora.

Seguidamente se señaló señalándose el día 25 de abril de 2014 para la celebración del acto del juicio de este pleito.

SEXTO.- En dicho acto se practicaron todas las pruebas admitidas con el resultado obrante en autos, quedando recogido mediante el sistema audiovisual de reproducción de la imagen y sonido de que dispone este Juzgado.

En el mismo acto las partes formularon oralmente sus conclusiones orales respecto a la prueba practicada.

Seguidamente, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este expediente se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercitaba en efecto a través de su demanda y acumuladamente (artículos 72 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)) varias acciones con fundamento en lo previsto en el contrato de autos así como en los artículos 2, 78, 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV), en los artículos 60, 64, 66, 72 a 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, en el artículo 4.1º del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, en la Directiva 2004/39 CE relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros (en adelante, Directiva MIFID) y concordantes, traspuestas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en el Reglamento CE 1287/2006, en los artículos 6.3º, 7, 1101, 1124, 1256, 1261, 1265, 1266, 1288, 1300 y 1303 del Código civil (en adelante, Cc), en la Ley 26/1998, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre Medidas de Reforma Económica, en la jurisprudencia existente en la materia y en el artículo 394 de la LEC en cuanto a las costas procesales de la primera instancia.

Por su parte la demandada se oponía a dichas pretensiones con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1256, 1262, 1266, 1309, 1311y 1790 del Cc, en el artículo 111.8º de la Primera Ley del Código civil de Cataluña (en adelante, PLCCC), en los artículos 1.2º, 50, 51 y 57 del Código de comercio, en los artículos 3 y 91 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCyU), en la jurisprudencia existente en la materia y en el artículo 394 de la LEC en materia de costas procesales.

SEGUNDO.- Planteada así la cuestión debe entrarse pues sobre el estudio de la acción ventilada por frente a CATALUNYA BANC a través de su demanda, siendo el objeto de la misma el contrato suscrito en fecha 27 de mayo de 2008 como “collar con barreras y compensación” por importe nominal de .-160.000.- euros, con una duración de .-5.- años y en el marco de un CMOF suscrito también en dicha fecha.

Relataba así la entidad demandante que, manteniendo con la demandada cierta relación comercial y de confianza a través del Director de la entidad en la oficina de la calle , número , de Barcelona Don , con quien los dos únicos socios de la empresa, Sr. y Sr.

, trataban, suscribió el producto en entredicho dada la oferta que del mismo les fue planteada por el Sr. y en la creencia de ser un producto en todo caso beneficioso para la empresa, sin riesgo alguno.

De tal modo y careciendo dichos Sres. de conocimientos o formación financiera y ostentando un perfil claramente minorista, tratándose de una empresa modesta operativa en la gestión y tratamiento digital de documentos y habiendo rechazado siempre la contratación de productos financieros de riesgo, tal y como conocía el Sr. , éste, a mediados del 2008 y hallándose el Sr. en la oficina bancaria, se dirigió al mismo manifestándole que tenía una solución contra las subidas de tipos de interés y presentándole un nuevo producto que la entidad había diseñado para sus mejores clientes con la finalidad de estabilizar los costes financieros de las financiaciones que tenían vigentes.

Sin embargo y siendo el producto finalmente contrato un “collar con barreras y compensación” el mismo era un producto financiero complejo y con riesgo, que nada tenía que ver con la cobertura de tipos y cuyo efecto neutro o compensatorio resultó incierto dado que el importe nominal contratado no coincidía con los pendientes de amortizar respecto de los préstamos vigentes, además de que el riesgo financiero de la actora en el momento de contratar el producto era de .-96.000.- euros, inferior al nominal fijado en el “collar”, constatándose pues claramente su fin especulativo.

El producto fue presentado a la actora como una suerte de “seguro”, obviándose toda referencia a la posible existencia de liquidaciones negativas, sin efectuar ninguna simulación de cálculo y siéndole manifestado que podía cancelarse a su voluntad.

Además imponía un desequilibrio en las prestaciones de ambas partes dado que la cobertura real que la entidad ofrecía a la actora lo era sólo de un .-0’42.-% (a partir del .-4’89.-% y hasta la barrera del .-5’31.-%), siendo que si los tipos de interés caían sin embargo por debajo del .-4’89.-% la relación de cobertura se invertía, siendo entonces el cliente quien debía abonar al Banco la liquidación correspondiente hasta tal .-4’89.-%, sin que se estableciera una barrera desactivante a la baja.

Por otro lado y si bien la actora leyó el documento que se le presentó, redactado por la entidad, no entendió prácticamente nada, ante lo que el Sr. le tranquilizó indicándole que el producto era sencillo y que su funcionamiento se ajustaba a las explicaciones ofrecidas y al folleto o publicidad utilizado en la comercialización, esto es, a una suerte de “seguro”, mostrándole unas gráficas de la evolución del EURIBOR y de los tipos hipotecarios en Estados Unidos y dándole a entender que dicha tendencia era alcista.

El producto además se presentaba como un beneficio ligado al crédito, siendo en realidad un producto totalmente independiente, que no quedaría cancelado aunque la actora cancelara anticipadamente su financiación y no adaptándose la duración del “collar” al plazo de duración de los préstamos previamente contratados.

Por otra parte el aviso contenido en el contrato sobre la posibilidad de cargos para el cliente en el caso de que los tipos de interés variables referenciados se situaran por debajo del mínimo pactado era genérico y de nuevo incomprensible para personas no avezadas a especulaciones financieras y no efectuándose ejemplo alguno, ...

La demandada ocultó además la información privilegiada que le constaba sobre el estado y evolución de los tipos de interés y de que a medio plazo los mismos se desplomarían y estarían por debajo del tipo mínimo pactado, incurriendo con ello en mala fe y contrariando las buenas prácticas bancarias.

De hecho y según consideraba la entidad actora existían en el mercado otros productos distintos a los “swaps” con los que la entidad actora podía tratar de cubrir el riesgo de pérdidas derivadas de las fluctuaciones del tipo de interés tales como los “cap”, “floors”, “barreras”, ..., no siéndole en cambio ofertada a la actora alternativa alguna al “collar” suscrito y creado a medida de las necesidades exclusivas de la entidad bancaria en el que el Banco asumía la posición de comprador y el cliente la de vendedor, siendo en realidad el cliente el que aseguraba a la entidad bancaria frente al riesgo de una bajada del tipo de interés, asegurándole la percepción de un interés fijo sin que el Banco pagara al cliente ninguna prima.

En fin y fruto de la operativa del contrato la actora había abonado cargos por total de .-20.562'28.- euros y había percibido .-263'69.- euros, resultando de ello un saldo desfavorable a de .-20.298'59.- euros, solicitando la misma, con el correspondiente efecto restitutivo de dicha suma, que se declarara la nulidad del contrato dado el incumplimiento por la demandada de las normas imperativas del mercado de valores (falta de transparencia, actuación contraria a la eliminación de los conflictos de intereses, ausencia de una gestión prudente, falta de disposición de medios para el cumplimiento de las normas de conducta del mercado de valores, falta de información, información incompleta, inactividad en cuanto a la averiguación de los conocimientos y experiencia del cliente en la contratación de productos financieros de inversión, ...), siendo igualmente anulable dicho contrato dado que a resultas de la deficiente o nula información suministrada concurrió un vicio en el consentimiento contractual prestado por (error relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando), no hallándose ni prescrita ni caduca dicha acción, y considerando asimismo la actora que, subsidiariamente, procedía declarar la resolución del contrato en cuestión imponiendo a la demandada la obligación de indemnizar a la actora en idéntica suma a la citada por los daños y perjuicios sufridos dado el incumplimiento por su parte de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos del producto.

Y frente a ello se oponía la demandada negando que concurriera motivo o causa alguna para disponer la invalidez o nulidad de la operación enjuiciada.

Así y haciendo hincapié la citada entidad en que dicho contrato fue suscrito por en su condición de empresa, la misma carecería de la condición de consumidora o usuaria a los efectos de la normativa protectora existente en dicho ámbito.

Y por otro lado y según destacaba también la demandada la actora conocía y fue informada puntualmente del producto contratado, de su funcionamiento y riesgos, ostentando plena libertad para contratar y tratándose además de un producto que en ningún caso se publicitó como un seguro, siendo claro el propio tenor literal del contrato, que ya daba idea de sus circunstancias determinantes sin necesidad de ser un experto en la materia.

Además, presentaba a fecha de la contratación un nivel de endeudamiento de .-190.000.- euros, por lo que quería vista la escalada alcista del EURIBOR contratar un producto financiero que limitara el riesgo de subida de dicho tipo de interés en los préstamos que tenía concertados, siendo así como se planteó a la actora la posibilidad de contratar una cobertura de tipos de interés, produciendo además el “swap” un efecto compensador con la financiación contratada y, dado que la tendencia de los tipos contemplaba también algún escenario de ligera bajada, optándose por la fórmula de un “collar” dado que el mismo, si bien no cubría al alza el .-100.-% de una subida de forma indefinida, permitía que la baja de los tipos de interés hasta el .-3’89.-% no implicara liquidaciones para la entidad demandante.

La contratación se efectuó con todas las garantías de información y de acuerdo con la legislación vigente, siendo la información facilitada abundante, clara y completa, sin dejar lugar a dudas sobre los derechos y obligaciones de las partes, facilitándose a la actora un documento informativo personalizado que, además, se explicó por el empleado de la entidad bancaria, siéndole además efectuado a la demandante un test de conveniencia.

La lectura del contrato permitía extraer las condiciones básicas del mismo sin necesidad de ser un experto en la materia, siendo el documento simple y claro, suscribiéndose además un CMOF por el que se regulaban determinados aspectos no esenciales del contrato y se remitió incluso a la actora por correo electrónico un documento de confirmación de la operación que nuevamente detallaba todas sus condiciones y que también se suscribió, no existiendo vicio alguno en el consentimiento prestado por .

Incluso y muestra según la demandada de que la actora comprendió perfectamente la naturaleza del producto adquirido lo era que el contrato desplegó sus efectos durante más de .-5.- años hasta su extinción, remitiéndose a la actora periódicamente por correo electrónico las liquidaciones en que también se explicaba su resultado, siendo abonadas tales liquidaciones sin incidencia alguna hasta la interposición de la demanda, ya en el año 2013, cuando al albur de algunas sentencias dictadas por algunos Tribunales la actora descubrió su súbita ignorancia, pudiendo hablarse de una confirmación tácita del contrato.

Finalmente, negaba asimismo la demandada que la contratación controvertida contuviera desequilibrio alguno de las prestaciones entre las partes.

Defendía en fin CATALUNYA BANC la legalidad, validez y plena eficacia de la operación controvertida, solicitando por ello la desestimación de la demanda.

Se comparte la postura de la parte actora.

De tal modo y desde un punto de vista normativo interno dígase que, en materia de obligaciones y contratos, el artículo 1091 del Cc establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, debiendo cumplirse según su tenor y quedando las partes obligadas no sólo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, sin que en ningún caso el cumplimiento del contrato pueda quedar al arbitrio de una las partes

contratantes (artículos 1258 y 1256 del mismo cuerpo legal).

Siendo igualmente de interés destacar que el artículo 6.3º del Cc indica que “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Y, ya en lo atinente a la validez y nulidad contractual, establece el artículo 1254 del Cc que “El contrato existe desde que una o varias personas consiente en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

Además y a tenor del artículo 1261 del Cc que “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca”, siendo que, por lo que ahora interesa, el artículo 1265 del Cc establece que “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.

Ahondando en ello y dado que ha sido objeto de alegación por la actora la concurrencia de cierto vicio en el consentimiento contractual por ella prestado en relación con la transacción llevada a cabo con la entidad bancaria demandada el artículo 1266 del Cc concreta por su parte que “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección”.

Añadiendo el artículo 1269 de igual texto normativo que “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”, estableciendo seguidamente el artículo 1270 del Cc que “Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”.

Además y pese a compartir la postura de la demandada al negar que ostentara frente a la entidad bancaria la condición de consumidora o usuaria (por cuanto, a la vista de lo establecido en el artículo 3 del TRLGDCyU, no actuaba la actora en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional al suscribir el contrato), ello no supone que no exista otra normativa que, especialmente tuitiva de igual modo con el derecho de información de los contratantes, sí resulte de aplicación para la resolución del supuesto enjuiciado en tanto que relación jurídica desarrollada en el sector bancario o financiero.

De tal modo y en tanto no entraron en vigor las Directivas MIFID si lo estaban la LMV, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica, tratándose en general de una normativa en cuyos principios subyace el intento y finalidad de garantizar un adecuado derecho de información en el ámbito de los productos y mercados financieros de suerte que la misma sea imparcial, clara y no engañosa para todos cuantos contraten en dicho ámbito.

Así el artículo 78 de la LMV, en su redacción dada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, dispone que “1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las

instituciones de inversión colectiva, los emisores, los analistas de inversiones en valores e instrumentos financieros y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las siguientes normas de conducta:

- a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título.
- b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el párrafo a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta.

2. El Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán establecer que los reglamentos internos de conducta mencionados en el párrafo c) del apartado anterior contengan medidas concretas tendentes a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en los siguientes artículos de este Título”.

Por otro lado, el artículo 79 de igual texto legal establece que “1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

- a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.
- b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.
- c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.
- d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.
- e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.
- f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.
- g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto. Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste. Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros.

2. Con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica, se habilita al Ministro de Economía para regular las especialidades de la contratación de servicios de inversión de forma electrónica, garantizando la protección de los legítimos intereses de la clientela y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las empresas de servicios de inversión y su clientela”.

Estableciendo el artículo 79 bis de la LMV 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 aquél, 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 en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente. Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurren las siguientes condiciones:

i) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor;

ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;

iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

- i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;
 - ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley;
- b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;
- c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior.

Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

- d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter.1.d”.

Añadiendo finalmente el artículo 82 de la LMV que “1. Se considerará información relevante toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario.

2. Los emisores de valores están obligados a difundir inmediatamente al mercado, mediante comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, toda información relevante.
3. La comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores deberá hacerse con carácter previo a su difusión por cualquier otro medio y tan pronto como sea conocido el hecho, se haya adoptado la decisión o firmado el acuerdo o contrato con terceros de que se trate. El contenido de la comunicación deberá ser veraz, claro, completo y, cuando así lo exija la naturaleza de la información, cuantificado, de manera que no induzca a confusión o engaño. Los emisores de valores difundirán también esta información en sus páginas de internet.
4. Cuando el emisor considere que la información no debe ser hecha pública por afectar a sus intereses legítimos, informará inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que podrá dispensarle de tal obligación de conformidad con lo previsto en el artículo 91 de esta Ley.
5. Se faculta al Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para desarrollar, respecto a las obligaciones establecidas en el presente artículo, los procedimientos y formas de efectuar las comunicaciones anteriores, determinar el plazo durante el cual se publicará en las páginas de internet de los emisores la información relevante, así como para precisar los demás extremos a los que éste se refiere”.

Por otro lado, el antes citado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en su artículo 15, indica que “1. La entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, debidamente suscrito por las partes, será obligatoria en los siguientes casos:

- a) En las operaciones en las que exista contrato-tipo, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

b) En aquellas operaciones que por su carácter singular no hayan sido incluidas en los folletos de tarifas y normas de valoración y disposición de fondos y valores. En estos casos, el documento contractual deberá contener las tarifas y normas de valoración y disposición que vayan a aplicarse a estas operaciones.

c) En las operaciones que en desarrollo del presente artículo establezca el Ministro de Economía y Hacienda. d) Siempre que lo solicite el cliente. Junto con los documentos contractuales se deberá hacer entrega de una copia de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles y normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada. Para ello bastará entregar la hoja u hojas del folleto en que figuren todos los conceptos de aplicación a esa operación. Será válido, asimismo, que las tarifas aplicables aparezcan expresamente en el contrato, no siendo admisibles las remisiones genéricas al folleto de tarifas, sin hacer entrega del mismo.

2. Las Entidades retendrán y conservarán copia firmada por el cliente de los documentos contractuales. También conservarán el recibí del cliente a la copia del documento que le haya sido entregada. La Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España, sin perjuicio de lo que se derive en lo dispuesto en las leyes, tendrán acceso, en el ejercicio de sus respectivas funciones, a la copia de los contratos a que se refiere el párrafo anterior”.

Añadiendo su artículo 16 que “1. Las Entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación.

2. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado.

3. El Ministro de Economía y Hacienda determinará los supuestos, el contenido mínimo y periodicidad, en ningún caso superior al semestre, con que las Entidades deberán remitir información a sus clientes en contratos de duración original superior al año o de duración indefinida. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes. La Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán requerir de las Entidades la modificación de los modelos usados en la información a los clientes cuando la misma no cumpla las condiciones de claridad exigibles.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, las Entidades estarán obligadas siempre que lo solicite el cliente a proporcionarle toda la información concerniente a las operaciones contratadas por ellos”.

Y, en su Anexo, establece también el citado Real Decreto en su artículo 1 que “Todas las personas y Entidades deberán actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin

anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado. En este sentido, deberán ajustar su actuación a las siguientes reglas:

1. No deberán, en beneficio propio o ajeno, provocar una evolución artificial de las cotizaciones.
2. No deberán anteponer la compra o venta de valores por cuenta propia en idénticas o mejores condiciones a la de sus clientes, tanto de aquéllos que hayan dado una orden en firme como de aquellos otros a los que esté gestionando sus carteras en virtud de mandatos genéricos o específicos.
3. Cuando se negocien órdenes de forma agrupada por cuenta propia y ajena, la distribución de los valores adquiridos o vendidos o de los potenciales beneficios, tanto si la orden se ejecuta total o parcialmente, debe asegurar que no se perjudica a ningún cliente.
4. Una Entidad no deberá, sin perjuicio de la libertad de contratación y de fijación de comisiones, ofrecer ventajas, incentivos, compensaciones o indemnizaciones de cualquier tipo a clientes relevantes o con influencia en la misma cuando ello pueda suponer perjuicios para otros clientes o para la transparencia del mercado.
5. No se deberá inducir a la realización de un negocio a un cliente con el fin exclusivo de conseguir el beneficio propio. En este sentido, las Entidades se abstendrán de realizar operaciones con el exclusivo objeto de percibir comisiones o multiplicarlas de forma innecesaria y sin beneficio para el cliente.
6. Las Entidades no deberán actuar anticipadamente por cuenta propia ni inducir a la actuación de un cliente cuando el precio pueda verse afectado por una orden de otro de sus clientes.
7. Las Entidades, o las personas que en ellas trabajen, no deberán solicitar o aceptar regalos o incentivos, directos o indirectos, cuya finalidad sea influir en las operaciones de sus clientes o que puedan crear conflictos de interés con otros clientes, ya sea distorsionando su asesoramiento, violando la discreción debida o por cualquier otra causa injustificada”.

Estableciendo dicho Anexo en su artículo 2 que “Las Entidades deben actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizando las mismas según las estrictas instrucciones de sus clientes, o, en su defecto, en los mejores términos y teniendo siempre en cuenta los reglamentos y los usos propios de cada mercado” y en su artículo 4 que “1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.

2. La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.
3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes”.

Finalmente, el artículo 5 del mencionado Anexo determina que “1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:
a.Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.
b.Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.
c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.
d.Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía”.

Por otro lado y a tenor del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre las medidas de reforma económica, las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles, sin que la contratación de dicha cobertura suponga la modificación del contrato de préstamo hipotecario original (artículo 19).

Y, ya en vigor en España la normativa MIFID desde el 21 de diciembre de 2007, esto es, cuando se suscribió por las partes el contrato analizado en mayo de 2008 (documentos

número 1 a 3 de la demanda y documentos número 3 a 5 de la contestación a la demanda), el artículo 27 de la Directiva MIFID vino a regular una serie de condiciones necesarias para que dicha información cumpla con tales características (tales como la inclusión del nombre de la empresa de inversión, la indicación no sólo de los beneficios potenciales del producto comercializado sino también de sus posibles riesgos, la no ocultación o encubrimiento de puntos o advertencias importantes, ...), debiendo ser en fin suficiente la información suministrada y, en especial, comprensible para cualquier integrante del grupo medio al que se dirige o para cualquier probable receptor de la información.

Además, continuaba la Directiva MIFID, cuando la información prestada indique resultados anteriores de un instrumento financiero, un índice financiero o un servicio de inversión, la misma deberá incluir datos apropiados sobre resultados en los cinco años inmediatamente anteriores, o sobre todo el período durante el cual se haya ofrecido el instrumento financiero, advirtiendo además que las cifras se refieren al pasado y que los resultados anteriores no son un indicador fiable de resultados futuros.

Por otra parte y a tenor del artículo 28 de la Directiva MIFID, deberá garantizarse también especialmente la categorización de los clientes en minoristas, clientes profesionales o contrapartes elegibles, de suerte que el modo de prestar la información sobre un eventual producto financiero a contratar se adecue al perfil del cliente, debiendo proporcionarse cumplidos datos tomando en consideración la situación y nivel de conocimientos del cliente, informándole en especial de los riesgos conexos al instrumento financiero de que se trate, incluido el de pérdida total de la inversión, la volatilidad del precio de dichos instrumentos y el hecho de que un inversor podría asumir, además del coste de adquisición de los instrumentos, compromisos financieros y otras obligaciones, incluidas obligaciones contingentes, como consecuencia de operaciones con dichos instrumentos (artículo 31 y concordantes de la Directiva MIFID).

De igual modo y según el artículo 33 de la Directiva MIFID, la empresa proporcionará a los clientes minoristas el coste de cuantos honorarios, comisiones y gastos conexos conlleve la contratación de que se trate o, en cualquier caso, las bases para su cálculo.

Y, en fin, la empresa que comercialice cualquier instrumento o producto financiero, valorando las características especiales y solvencia del cliente, deberá recomendar tan sólo aquéllas operaciones que respondan a los objetivos de inversión de dicho cliente y que el mismo pueda asumir, absteniéndose de aconsejar la suscripción de cualquier producto que no se adecue a dicho perfil de idoneidad y conveniencia (artículos 35, 36 y 37 de la Directiva MIFID).

Pues bien, aplicando dicha normativa al supuesto enjuiciado y valorando esta Juzgadora la prueba practicada al respecto conforme a lo dispuesto en los artículos 217, 218, 281, 309, 319, 326, 376, 385, 386 y concordantes de la LEC, se concluye que, en efecto y tal y como consideraba la demandante, procede declarar la nulidad del contrato objeto de este pleito, tanto en aplicación de la normativa general contenida en el Cc acerca de la nulidad de los contratos en los que concurra algún vicio invalidante del consentimiento negocial tal como el error excusable como en aplicación de la normativa específica en el ámbito de que tratamos y antes referida, incumplida por la mercantil demandada en lo que al deber de información correcta, completa, previa y comprensible a prestar al contratante hace referencia.

En primer lugar y a la vista de la proliferación de demandas de naturaleza y peticiones análogas a las de la ahora analizada, debe aclararse que no puede caerse en la tesis simplista

de considerar que, dictada en un supuesto concreto resolución favorable o desfavorable a la que sea parte demandante, los sucesivos casos planteados por la misma deban correr la misma suerte. Así y aunque resulta obvio, se estima conveniente indicar que, al hilo de ello, la resolución de cada suceso y pleito deberá efectuarse de forma autónoma, en función del tipo de hecho de que se trate y, en especial, de la prueba que sobre ello promuevan las partes.

Y aclarado ello y entrando entonces sobre la controversia objeto de este pleito en los términos vistos procede como se avanzaba la íntegra estimación de la demanda.

De tal modo, tratándose el producto contratado de un “collar con barreras y compensación” (documentos número 1 a 3 de la demanda y documentos número 3 a 5 de la contestación a la demanda) a través del cual se establecieron unas liquidaciones periódicas por el tiempo establecido en el contrato desde el 31 de mayo de 2008 hasta el 31 de mayo de 2013 resultado de aplicar a la operación en relación con el nominal contratado (.-160.000.- euros) un tipo máximo y mínimo fijo del .-4’89.-% referenciado a EURIBOR a .-12.- meses, con una barrera activante al .-3’89.-% y otra desactivante al .-5’31.-% y con una compensación para la actora del .-0’25.-% de superar el tipo referenciado la citada barrera desactivante, se considera que, pese a la tesis de la demandada sobre la perfecta y suficiente comercialización de dicho producto en lo que a la información suministrada a la actora hacia referencia y la perfecta comprensión por la misma del producto adquirido y su funcionamiento, la prueba practicada ha desvelado que el contrato suscrito, además de presentar cierta complejidad, se halló falto de una información detallada previa, simultánea y posterior a la contratación, de modo que la proporcionada por la demandada fue confusa y no gozó de la lealtad, transparencia y suficiencia requeridas legalmente.

Debe decirse en primer término que tal y como se constata de la lectura del contrato se incorporaban en el mismo términos tales como “cobertura”, ..., generando por lo tanto confusión ya desde tal momento sobre su verdadera naturaleza y finalidad. Además de incorporar el contrato y los documentos con él relacionados (CMOF, sus Anexos, la orden en firme de contratación y el contrato de confirmación) términos o conceptos técnicos, siendo su lectura farragosa por alguien que, como manifestó la actora y no ha negado la demandada, carecía de conocimientos específicos financieros o bancarios y no se hallaba habituado a la contratación en dicho ámbito (explotaba la actividad de gestión y tratamiento de documentación (documento número 4 de la demanda)), debiendo calificarse de cliente minorista, tal y como por otro lado consta en el perfil o categoría asignada por la propia demandada al verificar la contratación de autos (documento número 3 de la demanda y documento número 4 de la contestación a la demanda).

Además y pese a lo manifestado por CATALUNYA BANC sobre la simplicidad y claridad del documento contractual la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 2013 ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto muy similar, negando así dicha apreciación.

Indicaba la Audiencia en concreto que “(...)Caixa Catalunya afirma que " en compliment de la normativa sobre protecció dels inversors en instruments financers s'informa al client que se li ha assignat la categoria de client MINORISTA, el que li confereix el màxim nivell de protecció previst per l'esmentada normativa.

Així mateix, el facilita per sol·licitar la seva categorització com a PROFESSIONAL el que li atribuiria un menor nivell de protecció ".El deure d'informació de l'entitat financera havia

d'ajustar-se, per tant, a la condició de minorista reconeguda al client. L'ordre en ferm de contractació de collar amb barreres de 9 de juny de 2008 consta d'un full per una cara. Dins un gran quadre, indica amb claredat que les característiques "de la cobertura" són: l'import de 400.000 euros; la "data d'inici de la cobertura", 31 d'agost de 2008; la "data de venciment de la cobertura", 31 d'agost de 2011 i l'índex de referència variable, Euribor trimestral (Euribor 3M), amb liquidacions trimestrals. Com hem dit en algun cas anterior sobre un contracte collar de la mateixa entitat demandada (sentència d'1 de febrer de 2012), no és tan clara la manera en què, a continuació, hi consten les variables que determinen la "cobertura". S'encabeixen en un petit quadre, on les xifres figuren en caràcters molt reduïts, malgrat la rellevància dels tipus, definidors de les obligacions de pagament de les parts:

Barrera activant 3,99%

Tipus mínim 5,19%

Tipus màxim 5,19%

Barrera desactivant 5,61%

Compensació 0,25%

Sota del petit quadre, es descriuen les quatre situacions possibles al moment de la liquidació, però els tipus fixos que delimiten cada franja o tram no s'indiquen numèricament, sinó amb les denominacions (Barrera activant, Tipus mínim, Tipus màxim, Barrera desactivant i Compensació), el significat en xifres de les quals ha d'anar-se a buscar al quadre precedent. El contracte diu literalment que "Això implica els següents drets i obligacions en cada liquidació:

Si EURIBOR 3M = Barrera activant del període (en negreta)

Caixa Catalunya cobra del client la diferència entre el Tipus mínim i EURIBOR 3M (sense negreta i en caràcters petits)

Si Barrera activant del període EURIBOR 3M = Tipus màxim del període (en negreta)

No hi ha cap liquidació per aquest període (caràcters petits)

Si Tipus màxim del període EURIBOR 3M Barrera desactivant del període (en negreta)

Caixa Catalunya paga la diferència entre EURIBOR 3M i Tipus màxim (caràcters petits)

Si EURIBOR 3M = Barrera desactivant del període (en negreta)

Caixa Catalunya paga al cliente (sic) la Compensació del període" (caràcters petits).

El mateix sistema segueix la "Confirmación Collar con Barreras y Compensación", redactada en castellà, signada per les parts el 17 de juny de 2008 (document 6 de la contestació). Al full 2 descriu les hipòtesis de liquidació amb referència a aquells conceptes (barrera d'activació, tipus mínim, etc...) que apareixen quantificats en el full 1. Es tracta d'un redactat estàndard o estereotipat que s'integra, en cada cas, amb la determinació dels tipus d'interès fixos que convingui.

L'inconvenient és que la lectura i la intel·lecció, per a la persona no avesada, resulten més complexes, en la mesura que exigeixen aquella tasca integradora (...)".

Siendo igualmente de destacar que en el contrato se hizo mención a que la "inversión" no resultaba adecuada de acuerdo con el resultado del test de conveniencia (no consta verificado ninguno de idoneidad) efectuado por (cuyo modelo, dicho sea de paso, deja

bastante que desear en cuanto a la información que del mismo se obtiene del perfil del contratante (documento número 1 de la contestación a la demanda)), no habiéndose aclarado el motivo por el cual el producto fue pese a ello adquirido y no pudiendo aceptarse a tales efectos la cláusula de salvaguarda y exoneración de responsabilidad de CATALUNYA BANC añadida seguidamente en el contrato dado que, al igual que la declaración y asunción de riesgos por el contratante obrante en el documento de confirmación de la contratación, son cláusulas de estilo no negociadas individualmente con la actora.

Falta de claridad ésta de los documentos citados en atención a su redactado y los términos técnicos y forma utilizados que tampoco salva el otro (único) documento que consta asimismo relacionado con la operación que nos ocupa cual es el folleto informativo relativo al “collar” contratado (documento número 6 de la demanda y documento número 2 de la contestación a la demanda).

De tal modo y tal como es de ver en dicho documento, cuya entrega a _____ no fue negada por ésta en su demanda, se reiteran nuevamente expresiones confusas tales como “cobertura davant l’alça de tipus”, “cobertura de riscos”, ..., además de incorporarse unos gráficos respecto de los que nuevamente la antedicha sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 2013 determinaba, compartiendo esta Juzgadora tales argumentos, que “(...) El document es titula " Cobertura davant l’alça de tipus ". A més de la portada, té set planes, totes amb l’encapçalament " Cobertura de riscos ". Aquesta terminologia, coincident amb la de l’ordre de contractació, no és irrelevant. Cobertura és, en sentit gramatical i en l’accepció que aquí interessa, l’acció i l’efecte de cobrir-se, és a dir, de protegir-se.

La proximitat al concepte d’assegurament -que l’actora afirma que volia contractar- és evident. Quant al sentit estrictament jurídic, no pot obviar-se que l’element cobertura integra expressament el concepte legal del contracte d’assegurança (article 1 de la Llei 50/1980, de 8 d’octubre).Les tres primeres pàgines del document informatiu contenen tres gràfics sobre la situació de mercat (evolució dels tipus d’interès a 3 mesos des de juliol de 2000; evolució dels tipus d’interès a 5 anys des de gener de 2002 i evolució dels tipus d’interès oficials de la zona euro i dòlar, des de 1991).L’ article 60 del R.D. 217/2008 , apartat 3, estableix que quan la informació inclogui resultats històrics d’un servei d’inversió, d’un instrument financer o d’un índex financer, aquests resultats no podran ser l’element més destacat de la comunicació (a) i s’haurà d’advertir de forma visible que les xifres es refereixen al passat i que els rendiments passats no són un indicador fidedigne de resultats futurs (d). En el nostre cas, s’adverteix clarament que les xifres pertanyen al passat, però no hi ha l’advertència visible requerida que no són indicadors de resultats futurs.

El document conté també les " dades generals de la cobertura " que contracta Innovació i el " quadre d’amortització aplicable a la cobertura ".El penúltim full es titula " Productes de cobertura " " Collar amb barreres ". Indica les xifres incorporades al contracte corresponents a la barrera activant, tipus mínim, tipus màxim, barrera desactivant i compensació. Es fa constar que " la contractació de la cobertura no comportaria cap comisió ni cap cost ".

En la informació del text, sembla posar-se un exemple de simulació de liquidació. Però no és veritablement un exemple, perquè no indica quina seria la xifra hipotètica d'Euribor 3M en contemplació, que és precisament l’element variable determinant de la liquidació, de les oscil•lacions del qual el client volia protegir-se. En realitat, l’aparent exemple no és sinó la reiteració de les hipòtesis que es recolliran en el contracte (Si EURIBOR 3M = Barrera

activant del període...), però substituint les referències a barrera activant, tipus màxim, etc. per les xifres assignades en el contracte a cadascun dels conceptes. Quant al petit gràfic que il·lustra el text, es podria entendre que intenta representar en un sol dibuix les diferents hipòtesis possibles:

- (i) tipus d'Euribor inferiors a la barrera activant;
- (ii) tipus d'Euribor superiors a la barrera activant i inferiors al tipus màxim;
- (iii) tipus d'Euribor superiors al tipus màxim i inferiors a la barrera desactivant i
- (iv) tipus d'Euribor superiors a la barrera desactivant. Ara bé, l'efecte final -volgut o no- del gràfic és enganyós: Perquè omet la hipòtesi
- (v) consistent en una pujada significativa del tipus d'interès per sobre de la barrera desactivant, situació en la qual la compensació prevista en el contracte (0,25%) no proporcionaria una cobertura eficaç.

No proporcionaria, en definitiva, la protecció contra l'alça de tipus que constitueix la finalitat del contracte per part del client. Aquesta hipòtesi d'alça significativa s'elimina arbitràriament del gràfic (que queda tallat en la pujada moderada molt pròxima a la barrera desactivant) i es dóna així al client una imatge distorsionada, que li impedeix veure la inoperància de la cobertura en aquella hipòtesi (v). Perquè el fet que la representació sigui per l'ordre ascendent descrit (els tipus d'interès implícits superen successivament la barrera activant, el tipus mínim, el tipus màxim i la barrera desactivant) dona com a resultat una corba representativa de l'Euribor constantment a l'alça (que s'atura, això sí, molt poc per sobre de la barrera desactivant), amb l'inevitable força suggeridora d'aquesta imatge, suggeridora, és clar, d'augments de tipus d'interès. Estimem que les exigències legals d'informació suficient, clara i no enganyosa, concretament, el deure d'indicar els riscs pertinents de manera imparcial i visible, no es compleixen tampoc amb l'explicació de la mateixa pàgina, segons la qual: "Proporcionaria una cobertura enfront el risc de pujada gradual i moderat dels tipus d'interès. En cas d'arribar a una barrera desactivant, el client rebria la compensació en aquell període. El tipus mínim només apareixeria si el tipus d'interès es fixés per sota o al nivell de la barrera activant. " De nou la informació és parcial -en tots els sentits-, obscura i enganyosa, perquè: Mentre que, amb paraules clares, exposa i subratlla la cobertura del client enfront del risc de pujada gradual i moderada dels tipus d'interès, no és igualment transparent pel que fa al risc de baixada - gradual o no, moderada o no- dels tipus d'interès.

Aquesta hipòtesi -que és precisament la que ha esdevingut realitat- es presenta de manera obscura. S'elimina el terme risc que s'ha utilitzat pel cas de pujada i, en lloc de dir clarament que el client haurà de pagar, es diu que "apareix el tipus mínim". Silencio de nou l'efecte derivat del risc de pujada significativa dels tipus d'interès, al qual ja ens hem referit. Si, com resulta del títol del fullet, el que s'ofereix al client és cobertura davant l'alça de tipus, caldria fer esment específic al risc de pujada rellevant dels tipus d'interès que, per lògica, hauria de generar més preocupació del client que el risc de pujada moderada i que, com també hem dit, no queda cobert pel contracte signat (que preveu només en aquells casos una compensació del 0,25%).

És cert que no ha estat el de l'augment de l'Euribor l'escenari posterior que ha portat al client a interposar la demanda, però estem examinant la suficiència de la informació facilitada -als

efectes que no indueixi a un error que viciï el consentiment. L'última pàgina del fullet informatiu insisteix en presentar el producte " per a clients amb finançament a tipus variable que volguessin reduir la seva exposició al risc de pujades del tipus d'interès " als quals " protegiria davant les pujades detipus d'interès ".

No precisa que només protegeix davant petites pujades de tipus i no parla dels riscs que assumeix el client amb el producte en cas de baixades (...)".

Pero es que al margen de la insuficiencia y falta de claridad de todos tales documentos en cuanto a su contenido y literalidad tampoco consta probado que dicho defecto fuera suplido con ocasión de la comercialización del producto efectuado por los empleados de la entidad bancaria.

Así y aunando tales documentos con la prueba practicada acerca del modo en que la presentación del producto tuvo lugar y la información precontractual suministrada a han resultado acreditados varios extremos que confirman la expuesta infracción por parte de CATALUNYA BANC de la normativa específica en lo relativo a su deber de información clara, comprensible, transparente y completa sobre el producto contratado y la concurrencia del error excusable que como vicio del consentimiento alegaba asimismo en su demanda la mercantil actora con la pretensión de obtener la anulación del contrato.

En dicho sentido y en primer lugar debe destacarse que, tal y como declaró el testigo que fuera Administrador de e intervino en la contratación controvertida Sr. , hoy ya desvinculado de la empresa, y confirmó de igual modo en sede testifical el empleado de la demandada Don , actualmente también desvinculado de la demandada, la iniciativa para la contratación del producto no partió de sino de CATALUNYA BANC, habiendo indicado así el Sr. que no recordando que fuera específicamente solicitada por parte de la contratación ni del producto finalmente firmado ni de otro análogo, el mismo era presentado a los clientes dentro de la política de comercialización y publicitación de la entidad bancaria sin que, además, se ofreciera por su parte ningún otro producto alternativo.

Pero es que, es más, como afirmó el Sr. y no negaron el resto de testigos dicho ofrecimiento tuvo lugar a raíz o de modo simultáneo con la contratación por también con la demandada de una línea de crédito con lo que, pese a tratarse de productos totalmente independientes, no favorecía a dicha percepción la presentación de la citada "cobertura" en el mismo momento en que la actora se dispuso a contratar una póliza de crédito que, referenciada a un tipo de interés variable, pudo condicionar la decisión de la misma de aceptar finalmente la adquisición del "collar".

Siendo de igual modo relevante la falta de conocimientos financieros acreditados de la actora en la materia y en el tipo de producto analizado, habiendo indicado así el testigo Sr. ostentar estudios de informática y no haber contratado nunca previamente ningún producto igual o similar al "collar" que nos ocupa, siendo en fin suscrito el mismo en atención a la relación de confianza que vinculaba a con la demandada y en especial con el Sr. , lo que incidiría en la excusabilidad del error sufrido (afirmó el Sr. que leyó el contrato pero que no lo entendió y que el Sr. le indicó que se trataba de un producto de cobertura, en todo caso beneficioso y sin riesgo alguno).

Además y pese a que la finalidad del producto parecía encaminada, según el Sr. y el Sr.

, a minimizar o estabilizar los costes que para la mercantil actora se derivaban de la financiación a tipo variable que tenía suscrita, tampoco ha quedado claro que dicho fin fuera conseguido por el producto contratado dado que, al margen de las consideraciones recogidas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 2013 antes citada acerca de la falta de efecto compensatorio alguno en escenarios de escaso aumento del tipo de interés o de mercado descenso del mismo, no puede descartarse que el “collar” que nos ocupa no fuera comercializado por la demandada con una finalidad especulativa toda vez que, siendo suscrito por un nominal de .-160.000.- euros, se ha aportado por la parte actora un informe de los riesgos que . presentaba a la fecha de la contratación del que puede constatarse una situación de riesgo dinerario relevante de .-96.000.- euros (documento número 5 de la demanda), habiendo admitido tanto el Sr. . como el Sr. . que no efectuaron comprobación alguna sobre este extremo ni sobre la situación de amortización de las líneas de financiación vigentes, plazos de duración de las mismas, ..., pudiendo pues darse incluso la tesis de que disminuyera dicho riesgo de . ante la amortización o cancelación anticipada de algunos de los créditos o préstamos suscritos a interés variable sin que ello afectara o tuviera efecto alguno en el “collar” contratado, su nominal y período de vigencia al tratarse como se ha dicho de un producto en principio independiente de tales financiaciones (pero que, se insiste, se comercializó en unión con la suscripción de una línea de crédito, poco acorde se insiste para percibir que se trataba en realidad de un producto autónomo).

Además y habiendo sido oídos en declaración como se ha visto y como empleados de la entidad bancaria tanto el Sr. . como el Sr. . sus manifestaciones no han resultado tampoco concluyentes.

Por un lado el Sr. ., siendo éste quien el Sr. . identificó como empleado de la entidad demandada con quien trató de la operación, poco aportó en sus declaraciones que fueron vagas e imprecisas, según indicó, dado el tiempo transcurrido.

Así y pese a admitir la relación de confianza existente con . y sus socios así como que fue el primer producto de tal naturaleza contratado por dicha mercantil, no pudo concretar ni los datos relativos al nivel de endeudamiento y riesgo a tipo variable que la misma presentaban ni los términos de la contratación, su iniciativa, información concreta suministrada a la demandante, si se le suministraron o no datos relativos a la evolución futura del tipo de interés EURIBOR referenciado, si se le presentaron escenarios con un descenso de dicho tipo y los cargos que debería asumir entonces . , ...

Y por el contrario y en cuanto al Sr. ., que sí parecía poder aportar algún dato más sobre el modo en que la contratación tuvo lugar, se desconoce a ciencia cierta qué intervención tuvo en la misma al haber indicado se insiste el Sr. . que los tratos fueron en todo caso con el Sr. . Siendo que, en cualquier caso, el Sr. . se remitió a los documentos obrantes en autos como aquéllos que le fueron expuestos a . para la contratación, habiéndose ya establecido anteriormente la valoración respecto de los mismos y reconociendo asimismo el citado testigo que la iniciativa en la presentación del “collar” partió de CATALUNYA BANC y que no efectuó tampoco comprobación alguna sobre el nivel de endeudamiento concreto a interés variable del cliente, así como que no le ofreció ningún otro producto alternativo al finalmente adquirido.

Siendo igualmente destacable a los efectos ahora analizados lo expuesto por el Sr. ., de forma nuevamente coherente y creíble, sobre la suscripción del CMOF, del contrato objeto

de controversia y de la confirmación de la misma en igual fecha, el 27 de mayo de 2008, sin tiempo pues de leer los documentos con la reflexión y consulta precisas.

De hecho y tal y como puede comprobarse, el folleto informativo está fechado sólo 1 día antes, el 26 de mayo de 2008, modo éste poco apropiado para garantizar una adecuada transmisión-recepción de una información que debía ser tan detallada como la que la contratación requería.

Y pese a las afirmaciones de la demandada sobre lo imprevisto e impredecible del desplome que en el tipo de interés referenciado se produjo una vez suscrito el contrato, en modo alguno puede compartirse dicha postura.

En primer lugar porque, si bien es cierto que no existía entre las partes contrato alguno de arrendamiento de servicios de asesoramiento, gestión de carteras, ..., ello no eximía a CATALUNYA BANC de cumplir con el deber de información clara, veraz y detallada contemplado en la normativa anteriormente expuesta, máxime siendo como se ha dicho KERNEL una minorista y siendo la demandada una entidad profesional y especializada en el sector.

Y, en segundo lugar y no menos importante, porque en atención a las previsiones publicadas periódicamente por el Banco de España y a otros informes y documentos a su alcance que vaticinaban el descenso de los tipos de interés para el año 2008 y de conocimiento público y notorio, sí debió cuanto menos la demandada representarse y transmitir de forma clara y terminante al actor dicha información, cosa que no hizo a tenor de las manifestaciones del Sr. Calatayud antes destacadas.

Debe tenerse en cuenta que el EURIBOR, índice creado en junio de 1999, no ha presentado durante su evolución histórica más cercana un ascenso por encima del tipo fijo del .-6.-%. Y, siempre que se ha situado dicho índice por encima del .-5.-%, como era el tipo fijo pactado por las partes, ha iniciado una tendencia descendente dentro de los .-3.- años siguientes.

Tal y como destacaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de diciembre de 2010 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 ostentando 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 (...) Si se observa la evolución del EURIBOR se aprecia que en el año 2000, cuando superó la barrera de los .-5.- puntos porcentuales, comenzó una tendencia a la baja durante .-3.- años y coincidiendo con la crisis del año 2000 de las empresas ".com".

Es lo que se denominó crisis de las empresas "punto com" o "burbuja punto com" y que dio lugar a la bajada de tipos de interés para permitir el incremento del consumo y la adquisición de los grandes "stocks" de productos tecnológicos que acumulaban estas empresas (...)".

Además y cuando en mayo de 2008 se firmó el contrato que nos ocupa ya se conocían se insiste las previsiones que a finales del 2007 hizo públicas el Fondo Monetario Internacional, el Banco de España, ... (documentos número 8 a 14 de la demanda) sobre la entrada en recesión de la economía, lo cual se confirmó posteriormente.

Los operadores económicos sabían o podían cuanto menos prever por lo tanto que una nueva recesión se avecinaba y, como es lógico, y ya había ocurrido en otras ocasiones como en la citada crisis del año 2000, los tipos de interés iban a bajar.

Aportó en concreto la demandada a requerimiento de la actora la curva de tipo de interés implícito del EURIBOR a .-12.- meses de la que afirmaba la entidad demandada disponía en mayo de 2008 en la que puede apreciarse una tendencia bajista del citado tipo que, aunque ciertamente lo era discreta o inferior al desplome finalmente producido, en ningún caso lo era alcista o alarmista en el sentido o premisa planteada para la contratación del producto.

Pero es que incluso, suscrito el contrato y durante su operativa, la demandada, posiblemente más consciente tras el paso del tiempo del estrepitoso descenso de los tipos de interés que se avecinaba o era posible que se produjera según lo dicho, debió comunicar a la actora dicha circunstancia sobrevenida y aconsejarle la cancelación del producto en tanto quizá dicha cancelación en tal momento no le hubiera deparado los perjuicios económicos que posteriormente le podía conllevar o proponerle incluso alguna alternativa o revisión del contrato, cosa que lademandada no ha probado hiciera (cancelación que, de nuevo y a tenor de lo manifestado por el Sr. , tampoco fue objeto de información clara por la demandada).

Adviértase que la obligación de información que incumbía a la demandada no lo era únicamente antes o con ocasión de la contratación discutida sino que se extendía también a la total duración de dicha contratación, estando obligada CATALUNYA BANCA mantener a su cliente informada en todo momento y de forma adecuada, con claridad, honestidad e imparcialidad, de los instrumentos financieros y estrategias de inversión a adoptar, cuidando de los intereses del cliente como si fueran propios y adoptando cuantas medidas fueran correspondientes a fin de salvaguardar sus derechos en relación con sus fondos.

Asimismo, especialmente relevante a los efectos de esta resolución se considera que, siendo los intercambios o permutas financieras (en sus distintas modalidades) unos productos novedosos en los años 2004 a 2006, los mismos pasaron en determinado momento de

comercializarse también a PYMES y particulares y no sólo a grandes empresas. Luego, según estima esta Juzgadora, dicha generalización que tuvo lugar en cuanto a la oferta de productos como el discutido fue una postura cuanto menos poco prudente de CATALUNYA BANC (al igual que otras entidades), que no se adaptó en sus recomendaciones al perfil concreto del cliente, generalizando este tipo de productos o ampliando su comercialización.

De hecho, tal generalización y la realidad constatada de que las entidades bancarias empezaban a ofertar tales productos de manera no tan selectiva como debieran y a clientes con perfiles no adecuados para comprenderlos y para asumir sus riesgos conllevó la publicación de varias Resoluciones en tal sentido del Defensor del Pueblo, entre otras instituciones, harto conocidas por este Juzgado y de bien seguro por las partes por la resolución de pleitos de naturaleza similar al que ahora se resuelve y la repercusión mediática que el asunto abordado ha presentado.

Finalmente, no puede aceptarse tampoco la postura de la demandada sobre la posible existencia de una confirmación o ratificación tácita del contrato discutido (artículos 1310 y concordantes del Cc) al haberse ejecutado éste durante su total vigencia con el consentimiento de la demandante, quien abonó sin queja alguna las liquidaciones negativas giradas.

Al respecto debe esta Juzgadora admitir ciertamente que la circunstancia expuesta le ha generado dudas sobre el tenor de la presente resolución dado que pese a haber mantenido y en especial el testigo Sr. [REDACTED] que existieron quejas expuestas a la demandada cuando fruto de la operativa del contrato se iniciaron liquidaciones negativas dichas discrepancias fueron negadas en cambio por la demandada y por los testigos Sr. [REDACTED] y Sr. [REDACTED], siendo de extrañar la ausencia de documentación alguna sobre este extremo pese a haberse producido dichos cargos desde junio de 2009 y hasta la extinción del contrato, en mayo de 2013, esto es, durante casi .4.- años, en que por otro lado iba recibiendo la actora información periódica sobre el resultado de la operativa del contrato y las liquidaciones a abonar (documento número 15 de la demanda).

Años en los que, además, no consta tampoco ejercitada por [REDACTED] acción judicial alguna respecto de la citada contratación cuando ello, al margen de poder aceptarse o comprender la decisión de la empresa de abonar las liquidaciones negativas a fin de no incurrir en morosidad tal y como indicó el Sr. [REDACTED], le era perfectamente posible, pudiendo incluso hablarse pues desde esta perspectiva de un ejercicio tardío de sus acciones por [REDACTED] y de cierta dejadez en cuanto a su obligación de minorar los efectos adversos que la contratación controvertida le pudiera irrogar (siendo factible inclusive incurrir en el posible cumplimiento del contrato a la voluntad de una de las partes en contra de lo dispuesto en el artículo 1256 del Cc, en función de su resultado y cómputo final).

Pero, si bien dichas dudas ostentarán la relevancia que se dirá a efectos de costas procesales, las mismas se han decantado finalmente a favor de la postura de la actora a la vista del resto de pruebas practicadas cuyo alcance y valoración ha quedado antes expuesta, descartándose pues la existencia de acto propio alguno de consistencia a los efectos del artículo 111.8º de la PLCCC y de la sanación contractual de que habló la demandada al no constar de forma clara y concreta la voluntad de [REDACTED] de renunciar a las acciones que fruto de la contratación pudieran corresponderle y habiéndose ejercitado dentro de los plazos legales de caducidad y prescripción.

Establece así el artículo 1311 del Cc que “La confirmación puede hacerse expresa o

tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo". No siendo éste como decimos el caso que nos ocupa.

En fin, el producto financiero recomendado a por CATALUNYA BANC y finalmente suscrito no era el más adecuado al perfil personal y financiero de dicha contratante en los términos de la normativa antes expuesta, no habiendo valorado pues correctamente la demandada la idoneidad y conveniencia de dicha contratación y, desde luego, no habiendo cumplido correctamente con su deber de información en los términos exigidos, infringiendo la normativa específica citada y promoviendo además por ello el error inexcusable que indujo a formalizar el indicado contrato.

En análogo sentido y siendo claro que de la jurisprudencia menor existente sobre el particular analizado en este pleito han resultado tanto resoluciones favorables a la nulidad como contrarias a la misma, deben destacarse ahora entre otras y en el capítulo de las primeras las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de diciembre de 2011, de 1 de febrero de 2012, de 13 de julio de 2012, de 24 de octubre de 2013 y, en especial, la extractada a lo largo de esta resolución de 13 de noviembre de 2013.

Procede por lo tanto dar lugar a la predicada por la actora nulidad del contrato analizado, procediendo también como consecuencia legal (artículos 6.3º y 1303 del Cc) la restitución por las partes de las prestaciones recibidas y, por ello y en nuestro caso, condenar a la demandada a restituir a la actora en las liquidaciones por ella abonadas durante la vigencia del producto (-20.562'28.- euros), minoradas en el importe de las liquidaciones positivas percibidas (-263'69.- euros), arrojando ello un saldo deudor favorable a por total de -20.298'59.- euros, según ha resultado incontrovertido y documentado en autos (documento número 15 de la demanda).

CUARTO.- Por otro lado y prefijado lo anterior, debemos pronunciarnos también acerca del devengo de los intereses moratorios derivados del pago de la mencionada cantidad, siendo ésta una pretensión igualmente deducida por la parte actora.

En tal sentido y no estimándose de aplicación lo previsto en el artículo 1108 del Cc por cuanto la suma objeto de condena no ha sido liquidada sino a resultas de esta sentencia y como consecuencia de la declaración de nulidad previa del contrato objeto de este pleito, cabrá estar tan sólo a lo prevenido en el artículo 576 de la LEC, en virtud del cual la cantidad líquida objeto de condena devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución y hasta el completo pago de lo debido, siendo dichos intereses susceptibles de imposición de oficio por el Juzgador (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo del 2001, entre otras).

QUINTO.- Finalmente y por lo que a las costas procesales derivadas de este pleito se refiere procede, aún siendo íntegra la estimación de las pretensiones sostenidas por la actora en su demanda a los efectos establecidos en el artículo 394.1º de la LEC, no efectuar especial manifestación, debiendo cada una de las partes asumir el pago de las causadas a su instancia así como el de las comunes por mitad, con fundamento tal pronunciamiento en el inciso final del citado precepto y ante la existencia de las dudas de hecho que en la resolución de este pleito han concurrido a tenor de lo antes expuesto (y podrían añadirse también de derecho ante la inexistencia de jurisprudencia consolidada sobre la materia, como destacaba la

sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 23013).

Vistos los citados artículos,

FALLO

ESTIMAR íntegramente la demanda formulada en su día por contra CATALUNYA BANC, con los pronunciamientos siguientes:

1. DECLARAR la nulidad del contrato “collar con barreras y compensación” suscrito por y CATALUNYA BANC en fecha 27 de mayo de 2008.
2. CONDENAR a CATALUNYA BANC al pago a de la suma de VEINTE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO con CINCUENTA Y NUEVE (.-20.298'59.-) EUROS en concepto de liquidaciones negativas devengadas a cargo de a raíz de la operativa del citado contrato durante su vigencia y hasta su extinción (.-20.562'28.- euros), esto es, desde el 31 de mayo de 2008 hasta el 31 de mayo de 2013, una vez deducidas las liquidaciones positivas por ella percibidas (.-263'69.- euros). La citada cantidad líquida devengará también para CATALUNYA BANC la obligación de pago de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, 29 de abril de 2014, hasta el efectivo y completo pago de lo debido.
3. CONDENAR a cada una de las partes al pago de las costas procesales causadas a su instancia en este pleito así como al de las comunes por mitad.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber, conforme a lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma NO ES FIRME y que, contra ella, cabe RECURSO DE APELACIÓN que, en su caso, deberá interponerse ante este Juzgado para ante la Audiencia Provincial de Barcelona dentro de los VEINTE (.-20.-) DÍAS siguientes al de la notificación de esta resolución (artículos 455 y siguientes de la LEC, en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), indicándose que, conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, deberá en su caso constituirse por el recurrente un depósito de CINCUENTA (.-50.-) EUROS a consignar en la oportuna entidad de crédito y en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, con la advertencia de que, en caso de no verificarse dicho depósito, acreditándolo, no se admitirá a trámite la interposición del citado recurso.

Llévese el original al libro de sentencias de este Juzgado.

Así lo acuerdo, mando y firmo, Doña MARIA EVA MIMBRERA TORRES, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Barcelona.

PUBLICACIÓN.- Dada cuenta, leída y publicada que ha sido la anterior sentencia, por la Magistrada-Juez que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública, en el mismo día de su fecha. Doy fe.