

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº5 VIC (BARCELONA)

SENTENCIA nº127/14

En Vic, a siete de julio de dos mil catorce

Dña Tomasa Montiel Oliver, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Vic, los autos de juicio ordinario, registrados con el número ..., promovidos por el Procurador de los Tribunales DÑA. ELISABET JORQUERA MESTRES en nombre y representación de D. ... y asistido por el letrado D. CARLES PASTOR GARCIA, contra BANCO SANTANDER S.A, representado por el Procurador de los Tribunales DÑA. M^a TERESA BOFIAS ALBERCH y asistido por el Letrado D. ... sobre nulidad de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivadas de un contrato de permuta financiera, en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio de ordinario contra el mencionado demandado, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado que se dicte sentencia por la que:

- 1) Se declare la nulidad del contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés de fecha de 13 de abril de 2007. Como consecuencia de esta declaración, se condene a BANCO SANTANDER, S.A a la restitución del importe de 16.343,55 euros- cantidad total equivalente a las cantidades pagadas en ejecución de este contrato una vez compensadas las cantidades percibidas; más los intereses legales que correspondan desde las respectivas fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas en ejecución de este contrato y hasta su efectivo pago.
- 2) Subsidiariamente, se declare el incumplimiento por parte de BANCO SANTANDER S.A. de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la demanda. Como consecuencia de esta declaración, se condene a BANCO SANTANDER, S.A al pago en concepto de indemnización, del importe de 16.343,55 euros- cantidad total equivalente a las pagadas en ejecución de estos contratos una vez compensadas las cantidades percibidas, más los intereses legales que correspondan desde la interposición de esta demanda y hasta su efectivo pago.
- 3) Se declare, así mismo, el derecho del actor a percibir en concepto de daños y perjuicios el importe de 1.027,97 euros pagados hasta la fecha de interposición de esta demanda, derivados de la constitución de un préstamo personal para hacer frente a los pagos de la permuta fingiera y, en consecuencia, se condene al BANCO SANTANDER, S.A a su pago. Dicha cantidad deberá incrementarse en ejecución de sentencia con los importes de aquellos intereses que se hayan devengado con posterioridad a la interposición de esta demanda a razón de Euribor 12 M + 1,25 %, sobre el capital pendiente de amortizar en cada período de pago fijado en el contrato y hasta su vencimiento.
- 4) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda ,se acordó el emplazamiento del demandado, por el término y bajo los apercibimientos legales ,presentándose escrito en tiempo y forma por el Procurador de los Tribunales DÑA. M^a TERESA BOFIAS ALBERCH , en nombre y representación de la demandada, oponiéndose a la demanda y en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, concluyó suplicando al Juzgado que dictase sentencia por la que se desestimase la pretensión de la parte actora con expresa imposición de costas a la misma.

TERCERO.- Se tuvo por contestada la demanda convocándose a las partes a la Audiencia Previa prevista en el art 417 de la L.E.C-, citándose a las partes a tal fin. Dicha comparecencia se llevó a cabo en la fecha señalada y tras exhortar a las partes a que llegaran a un acuerdo, que no pudo alcanzarse, se ratificaron cada uno en sus respectivos escritos y tras resolverse los problemas procesales planteados se acordó el recibimiento del pleito a prueba todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- El juicio se llevó a cabo en la fecha señalada. Se practicaron las pruebas propuestas y, tras el trámite de conclusiones, los autos quedaron vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente juicio se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente procedimiento viene constituido por la pretensión de los actores consistente en que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés celebrados con la entidad demandada y, en consecuencia, se condene a la entidad bancaria demandada a la restitución del importe de 16.343,55 euros, que es la cantidad equivalente a las cantidades pagadas en ejecución de este contrato una vez compensadas las cantidades percibidas; más los intereses legales que correspondan desde las respectivas fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas en ejecución de este contrato y hasta su efectivo pago. De forma subsidiaria, para el caso de no estimarse la anterior, que se declare el incumplimiento por parte de la demandada de su obligación legal de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos e indemnice en la misma cantidad de 16.343,55 euros. Por último, que se indemnice al actor en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 1.027,97 euros derivados de la constitución de un préstamo personal para hacer frente a las liquidaciones negativas de la permuta financiera.

El actor tenía concertada dos hipotecas con la demandada, constituidas en fecha de 2000 y 2005 con vencimientos a 25 y 30 años. El actor igualmente tenía concertada en nombre propio una póliza de crédito por un importe de 24.000 euros para hacer frente a su negocio firmada el día 11 de abril de 2006. Que en el momento de la renovación de dicha póliza, el 13 de abril de 2007, donde se disponía un interés remuneratorio fijo hasta el 15 de noviembre de 2007 al 4,686 % y otro variable el resto del tiempo hasta el año de su vencimiento, el Sr. , director de la entidad a la que habitualmente acudía el actor y persona con la que siempre había tratado, le ofreció la contratación de una permuta financiera de tipos de interés, en la modalidad de SWAP BONIFICADO EURIBOR HIPOTECA, para paliar los efectos de las subidas del tipo de interés variable, fijándose un tipo fijo del 4,28 % por un periodo de 5 años, donde si el tipo de interés bajaba de dicho tipo el cliente debía cubrir al banco la bajada y si subía hasta 4,88 % el banco cubría al cliente y a partir de 4,88 % el banco bonificaba el 0,60%. Que desde el primer año las liquidaciones fueron negativas hasta un total de 16.343,55 euros. La liquidaciones fueron: 30/06/2008 negativa de 357,18 €; 30/06/2009 positiva de 631,14 €; 30/06/2010 negativa de 4.840,51 €, llevándose a cabo la cancelación anticipada el día 1 de julio de 2010 suponiéndole un coste de 11.777 euros. Para hacer frente al pago de dichas liquidaciones contrató un crédito de 17.500 euros. El actor contrató dicho producto basándose en la confianza depositada en el Sr. Canamassa por ser con quien trataba de forma habitual. Por lo que se refiere a la cantidad que se solicita en concepto de daños y perjuicios, son 64.67 euros por la intervención del Notario y 963,30 euros por los intereses desde la constitución del préstamo hasta la fecha de la interposición de la demanda. La actora alega que, la entidad bancaria demandada, tenía conocimiento de cuál iba a ser la evolución futura en el mercado de los tipos de interés variable no proporcionando dicha información al actor actuando con mala fe contractual y se le ocultó la posibilidad real de experimentar graves pérdidas en la operación, tanto en las liquidaciones periódicas como en la posibilidad de cancelar anticipadamente el producto.

La entidad bancaria demandada alega en primer lugar caducidad de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento puesto que han transcurrido el plazo de 4 años a contar desde el momento en que indica el Código civil Catalán, es decir, desde que el actor tuvo conocimiento razonable de las circunstancias que fundamentan la acción y la persona contra la cual puede ejercerse. Además que dicho producto no fue ofrecido como un seguro sino una cobertura ante subidas de los tipos de interés y tiene una previsión legal. El director de la entidad bancaria explicó al actor el producto y le explicó sobre su funcionamiento y riesgo en las sucesivas reuniones que mantuvieron, no practicándose el test de conveniencia porque los contratos son anteriores a la trasposición de la

directiva MIFID. No obstante a ello, en el propio contrato puede comprobarse que se recoge de forma expresa y clara los riesgos y la posibilidad de que existan liquidaciones negativas y el coste de la cancelación anticipada, inclusive en el anexo se contiene un recuadro con los tres únicos escenarios en los que se puede encontrar el cliente. Añade que los pronósticos del tipo de interés era una tendencia alcista y no tuvo conocimiento en ningún momento del desplome del EURIBOR. La permuta financiera se contrató por el actor con la finalidad de cobertura. Del mismo modo que no procedía la acción subsidiaria de indemnización por incumplimiento de las obligaciones porque las mismas se habían cumplido y por los mismos motivos tampoco ha lugar a la indemnización de daños y perjuicios. El actor ejerce la acción de nulidad objetiva y radical del artículo 6.3 del Código Civil por incumplimiento objetivo de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos del producto por parte del profesional financiero, vulneración de los artículos 78 y 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo. Asimismo, acción de nulidad radical por ausencia de consentimiento y, subsidiariamente, de anulabilidad por error en el consentimiento en el momento de la contratación del swap. En tercer lugar una acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento objetivo de las obligaciones legales de información y, en cuarto lugar, una acción acumulada de indemnización de daños y perjuicios derivados de la constitución de un préstamo persona para hacer frente al pago de las liquidaciones del swap.

Los hechos controvertidos son el perfil del actor, si los productos eran de fácil comprensión, si se cumplió con la obligación legal de informar, si se informó de todos los riesgo, si la entidad demandada conocía la previsión del Euribor, si los servicios eran de asesoramiento y no intermediación, los daños y perjuicios ocasionados por la cancelación, si se trata de contrato de cobertura de tipo de interés. Con carácter previo se planteó la excepción procesal de caducidad.

SEGUNDO.- Con respecto a la caducidad que alega la demandada, con base en lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código Civil, según el cual la acción de nulidad sólo durará cuatro años, y siendo así, en efecto, que, pese a la rúbrica del Capítulo en el que se enmarca dicha disposición legal, que reza "De la nulidad de los contratos", ha de entenderse que se refiere únicamente a los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad, entendiendo por tales aquéllos en los que, estando presentes los elementos esenciales del contrato, que enumera el artículo 1261 de dicho Código, en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo), y éste es precisamente el supuesto que aquí se plantea, pues la declaración de nulidad contractual que postula el demandante se funda en haber concurrido un vicio en la prestación de su consentimiento, en concreto en error, al margen de las dudas que suscita la consideración de ese plazo como de prescripción o de caducidad, pareciendo inclinarse últimamente la doctrina jurisprudencial por la prescripción (STS 27-2-1997 y 1-2-2002), debe tenerse en cuenta en todo caso la distinta previsión normativa sobre el inicio en el cómputo de esos cuatro años en función de la causa de nulidad de que se trate, que en los supuestos de error o dolo, lo será desde la consumación del contrato. En este sentido, y sobre lo que ha de entenderse por "consumación", la Jurisprudencia hace coincidir con la realización de todas las obligaciones, y como señala la STS 11-6-2003 "ese momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", y así, en relación a los supuestos concretos de contratos de trato sucesivo la STS 24-6-1897 que considera que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo.

La propia Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 20 de diciembre de 2013, referido a los swaps, dispone que "Ello no significa, sin embargo, que la acción haya caducado porque en caso de error el cómputo se inicia desde la consumación del contrato y no desde su perfección. No nos hallamos, además, ante una operación de cumplimiento instantáneo sino de trato sucesivo y por lo tanto la consumación no se produce hasta que transcurre el plazo por el que se concertó"

Por consiguiente, en el supuesto que aquí planteado, y no obstante haberse perfeccionado la permuta financiera en fecha 13 de abril de 2007, fecha que consta en el documento nº 6 y 7 acompañados con la demanda, tratándose de un contrato de trato sucesivo que da lugar a liquidaciones periódicas, en este caso anual, durante el plazo de duración establecido, cinco años, hasta que no se haya producido la última de esas liquidaciones, y de acuerdo con el expresado criterio jurisprudencial, no cabría considerar consumado dicho contrato; por lo que el plazo de cuatro años para ejercitarse la acción de nulidad habría comenzado el 29-06-2012, fecha de vencimiento pactado según se desprende del documento citado. Procede desestimar, por tanto, excepción procesal planteada por la parte demandada dado que la demanda tuvo entrada en el Juzgado, según sello de presentación, el 19 de octubre de 2012.

TERCERO.- Procede analizar ahora los hechos controvertidos. En el presente caso se alega la nulidad radical por incumplimiento de la obligación legal de información sobre las características y riesgos del producto, del mismo modo nulidad por ausencia del consentimiento y, de forma subsidiaria, por vicio del consentimiento al concurrir error.

El consentimiento es un requisito esencial del contrato cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad, sentencia Tribunal Supremo de 20 de abril de 2001.

Uno de los motivos que da lugar a la nulidad del contrato por defectos del consentimiento es el error, tal como establece el artículo 1261 del Código Civil, pero para que el error invalide el consentimiento, tal como establece el artículo 1266 del Código Civil, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración. Es doctrina legal recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero, de 18 de abril de 1978, que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado.

De otra parte, según la jurisprudencia, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el art. 7 del Código Civil. Es inexcusable el error, cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración.

Finalmente, ha de señalarse que, como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo 1991, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado, ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él.

TERCERO.- Respecto al alcance y naturaleza del contrato celebrado resulta muy ilustrativo lo ya recogido en la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a instancia nº 3, de Lleida, del 20 de Septiembre del 2011 que recoge:

"Es preciso hacer una breve mención a las permutas financieras, su concepto, clases y naturaleza para saber realmente ante qué tipo de contrato o producto nos encontramos. La permuta financiera en sentido amplio comprende una serie de productos financieros que dan lugar a flujos de pagos entre las partes contratantes en función de la evolución de un índice de referencia y normalmente con la finalidad de cubrir el riesgo de variación de dicho índice en relación con otras operaciones de préstamo o crédito. Dentro de estas permutas financieras podemos encontrar los swap (que pueden ser de diversas clases) o los collar. De hecho el término "swap" es una palabra anglosajona que significa canje o cambio en castellano. Por este motivo a veces se utiliza la palabra swap para referirse a todo tipo de permuta financiera, cuando en realidad es un tipo o clase de permuta.../. Según esto, con este tipo de productos se obtienen liquidaciones o canjes periódicos cuyo resultado positivo o negativo para el cliente depende del comportamiento del índice elegido y que normalmente, y para lo que a nosotros nos interesa en este caso, son tipos de interés pero que puede tratarse del precio de una materia prima u otro valor fluctuante. Esto supone que las permutas financieras o los contratos que incorporan cláusulas de este tipo tienen un alto componente especulativo y por consiguiente un elevado riesgo, al igual que ocurre con los derivados, en las operaciones bursátiles. Su naturaleza es igual a los llamados derivados financieros como son los futuros y las opciones. Los derivados son instrumentos financieros cuyo valor viene determinado ("deriva de") el precio de un activo subyacente (intereses, acciones, divisas, bienes...) por lo que las permutas financieras con carácter general pueden considerarse productos derivados, especulativos y complejos.".

Asimismo, y en un supuesto idéntico, es relevante y se comparte lo ya recogido en la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a instancia nº 84, de Madrid, de 18-6- 2012 que dice:

"Como es sobradamente conocido por ambas partes, en los últimos años se han dictado multitud de

sentencias sobre las permutas financieras y sobre los productos de este formato comercializados por –entidad bancaria-. En todas ellas se coincide en considerar que este tipo de contratos se adscriben al modelo de instrumentos derivados financieros, en cuanto contrato en el que la cuantificación de la obligación de una de las partes depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente. El activo subyacente puede ser diverso, pero en el caso que nos ocupa el derivado está referenciado al Euribor. El mecanismo de funcionamiento es igual al del swap, o permuta financiera, de modo que las partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras. Estos intercambios están referenciados a tipos de interés (IRS -Interest Rate Swap).

Se trata de un contrato que ha sido calificado como atípico, lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas (SAP Pontevedra, Sección 1^a, de 20 enero 2012). En la mencionada modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante, lo que da lugar a una liquidación periódica a favor o en contra de uno de los contratantes".

Por lo que a tenor de lo establecido anteriormente podemos decir que en el swap de tipo de interés estamos, en realidad, ante un "juego financiero", basado en la incertidumbre y aleatoriedad, en los que los contratantes apuestan a un pago-cobro de intereses, según evolucione el tipo básico de referencia. Convenido el tipo fijo para el cliente, la entidad financiera se reserva el tipo variable indexado al Euribor, de forma que si el interés variable supera el fijo, la liquidación presentará un saldo a favor del cliente, mientras que será éste quien pague al banco si el tipo de referencia desciende por debajo del tipo final.

El contrato de swap sobre tipos de interés no es un producto financiero de fácil comprensión, complejidad a la que se une el hecho de que se suele tratar de contratos de adhesión. El propio legislador ha calificado estos contratos como contratos complejos, en el art. 79 bis 8 a) de la LMV. A esta complejidad no es ajena la circunstancia de que estamos ante un contrato entre cliente y la entidad, en el que no se ha producido realmente entrega de cantidad alguna entre las partes, siendo el capital de referencia meramente nacional, una cifra que sirve para realizar las liquidaciones convenidas, lo que contribuye aún más a generar confusión en esta figura contractual.

Por eso, esta característica de contrato complejo, requiere una especial labor de información por parte de la entidad bancaria, para asegurarse de que el cliente comprende su contenido y verdadero alcance. Esta información debe resaltar el riesgo patrimonial del producto. En concreto, debe ser destacado en la permuta de tipos de interés, el efecto gravemente perjudicial para el cliente que deriva de la bajada de tipos de interés. En la realidad estos contratos funcionan con la finalidad perseguida mientras se produce la subida de tipos de interés pero, tras cambiar la tendencia y comenzar a bajar los tipos de interés, el producto crea un riesgo mayor del que se pretende evitar. En esos casos, el producto incrementa el riesgo del cliente desproporcionadamente a la protección que le ofrece en caso de subida, convirtiéndose en un producto claramente especulativo y muy perjudicial para el cliente.

El swap aparece regulado en la Ley del Mercado de Valores 24/88 (arts. 2 y 78 y ss.), reformada por la Ley 47/2007 y en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, regulador del régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (art. 58 y ss.).

Las operaciones se enmarcan en el art. 19 de la Ley 36/2003 de Medidas de Reforma Económica, normativa que instaba a las Entidades Financieras a que pusieran a disposición de sus clientes instrumentos que les permitieran cubrirse del riesgo de las subidas del tipo de interés.

CUARTO.- La información que la entidad bancaria debe facilitar en este tipo de contratos está sometida a una regulación exhaustiva que ha sido analizada en muchas de las sentencias dictadas sobre swaps. No obstante, es importante reseñar los hitos más relevantes de esta regulación porque en ella se establecen las pautas de deber de información, de modo que marca un listón mínimo en la actuación de las entidades bancarias, superado el cual, habrá de concluirse en la existencia de indicios de una adecuada formación del consentimiento. En todo caso, no conviene perder de vista que el carácter sinalagmático del contrato no impide, como ha destacado la Jurisprudencia, que deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual, de acuerdo con la norma general del artículo 7 del Código Civil.

Conviene traer a colación lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha de 27 de enero de 2.010 en relación a la información exigible desde la perspectiva de la normativa sectorial "El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria

es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del artículo 48.2 de la L.D.I.E.C 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero lo que real y efectivamente conviene al caso es la de la Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V., incursa la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras, artículo 2 L.M.C.)

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia, pero sorprende, sobre todo, lo prolífico del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el transcurrir del tiempo y así si el artículo 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó aún más desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto a la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (artículo 5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores, por la que se procedió a la transposición de la Directiva 2004/39 MiFID, continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando exclusivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos" (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en éste deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V.".

La información exigible desde la perspectiva de normativa de protección de consumidores y usuarios, la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vigente en la fecha de la contratación, que ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, recientemente modificada, es también de aplicación a este supuesto, ya que el actor es una persona física que actuó en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

En cuanto al contenido material de la información que debe facilitar la entidad bancaria es especialmente importante el capítulo de los riesgos que asume el cliente. Para ello es imprescindible 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, periodo y cálculo propuestas, satisface a o no su interés, Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 20 de enero de 2012.

Cuando se habla de "previsión razonada y razonable" no se está exigiendo una predicción del futuro, pero es evidente que las entidades bancarias cuentan con previsiones de futuro sobre las que toman decisiones. Estas previsiones pueden ser más o menos fiables, pueden cumplirse en mayor o menor grado, pero lo cierto es que es el banco quien tiene acceso a una variedad de fuentes de información de las que no tiene conocimiento el ciudadano medio. Esta diversidad de fuentes de información es especialmente prolífica en el caso del Euribor, no sólo por marcar el tipo de interés de los préstamos interbancarios, sino también por ser el índice al que están referenciadas la inmensa mayoría de las hipotecas.

La obligación de facilitar información sobre los resultados futuros está regulada, por lo demás, en el artículo 60.5 del Real Decreto 217/2.008, en cuanto establece que si la información contiene datos sobre resultados futuros se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos, aunque se deberá advertir de forma visible que las previsiones no son un indicador fidedigno de esos resultados futuros.

Los datos disponibles por el banco sobre el comportamiento a corto o medio plazo de los tipos de interés son ciertamente relevantes a la hora de contratar productos como los swap, pues de ese comportamiento depende que el producto se ajuste más o menos a las necesidades de cada cliente. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 20 abril 2011 resalta una realidad innegable: el banco ostenta su propio interés en el contrato, elige los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo. Estas decisiones no se adoptan sobre el vacío, sino que obedecen a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del Euribor. Los datos de futuro de que dispone el banco sirven también para decidir la promoción de determinados productos en según qué épocas. No se pretende que la entidad bancaria comparta de forma absoluta toda la información de que dispone, pero sí que actúe con lealtad y buena fe cuando, ante una determinada necesidad, que ni siquiera ha sido planteada por el cliente, le puede ofrecer diversos productos que, en función de las circunstancias concretas, se ajusten más a su perfil.

Además, por la especial importancia que el riesgo desempeña en los contratos aleatorios, se requiere una información específica sobre la facultad del banco de resolver anticipadamente el contrato y sobre las condiciones y costes de la resolución unilateral por parte del cliente.

Por lo que puede a tenor de lo expuesto, pesa sobre la entidad bancaria la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros como los que constituyen el objeto de la presente litis.

QUINTO.- En primer lugar, debe analizarse si se ha cumplido o no con el deber de información por parte de la entidad bancaria para declarar la nulidad y para ello debe analizar el perfil del contratante, si los productos eran de fácil comprensión, el asesoramiento prestado, si se le informó de los riesgos con la cancelación anticipada, si la demandada conocía la evolución del Euribor y que si se trataba de un contrato de cobertura de tipo de interés.

En este caso ha quedado acreditado que el actor es un cliente individual, con carácter minorista, y sin perfil inversor alguno, puesto que se trata de una persona con la titulación de EGB que regente un Bar, constándose únicamente los dos préstamos hipotecarios en los años 2000 y 2005 y una póliza de crédito firmada en el año 2006, así lo corroboró el Sr. ..., y que por tanto, desconocían los riesgos propios del producto financiero que se le ofreció, aunque el Sr. ... sostuviera que creyó que el actor entendió bien el producto contrato porque el hermano del actor también contrató uno ... y creyó que éste le asesoraría. Por el contrario el Sr. ... alegó que el Sr. ... se lo ofreció como una cobertura para que en el recibo no notara la diferencia si subían los tipos de interés de las hipotecas que tenía contratadas, que éste leyó la documentación que le entregó durante la entrevista en la oficina y no entendió nada pero que el Sr. ... le dijo que no se preocupara de nada y éste confió en él por cuanto lo conoce de toda la vida, asimismo lo manifestó el Sr. ... también. Que la explicación de dicho producto tan sólo duró 10 minutos sin que con anterioridad tuviera otras entrevistas para explicarle el funcionamiento del mismo sino que las entrevistas previas fueron para tratar el tema del préstamo ICO y sin que con anterioridad a la firma se le entregara documentación alguna. Que al firmar le dieron un par de hojas grapadas y las guardó no preguntando nada más sobre el producto hasta el momento en que le vino la liquidación negativa que acudió a la oficina a reclamar, donde el Sr. ... le dijo que no se preocupara que se compensaría dicho saldo negativo con las siguientes liquidaciones.

Como ya se expuso anteriormente, no se trata de un producto de fácil comprensión, incluso calificado

por parte del Legislador como contratos complejos en el artículo 79.bis. 8 a) LMV, por más que la parte demandada alegue lo contrario y el Sr. sostuviera que se trataba de un producto de fácil comprensión. Estos contratos conllevan una especial labor de información para asegurarse que el cliente comprende su contenido y verdadero alcance, resaltando el riesgo patrimonial del producto, debiendo destacarse el efecto gravemente perjudicial para el cliente que derivaría de la baja del tipo de interés.

Debe partirse del principio jurisprudencial antes señalado por el que le corresponde a la entidad financiera la carga de probar el contenido de la información facilitada y, en definitiva, que cumplió sus deberes de dar una información completa y diligente, debe concluirse que ninguna prueba ha aportado en relación a este extremo. La parte demandada alega que al actor se le había proporcionado toda la información relativa al funcionamiento del producto. Por su parte el Sr.

, director de la sucursal a la que habitualmente acudía el actor y persona con la que trataba siempre, que se ofreció tal producto porque se consideró que fue el adecuado para el préstamo que tenía vinculando el tipo de interés al Euribor del préstamo hipotecario y que le explicó todo el escenario, aunque cuando se le preguntó directamente si había hecho especial hincapié en explicar el escenario desfavorable para el actor cuando el tipo bajaba y la liquidación era negativa, éste no contestó o lo hizo con evasivas llegando a reconocer en algún momento que no llegó a explicar el escenario cuando los tipos bajaba. Posteriormente, a preguntas del letrado de la demandada manifestó que le había dicho al sr. ! ! ! lo que sucedía si el tipo bajaba pero que no llegó a calcular un supuesto concreto. Del mismo modo manifestó que no sabía si antes de la firma se le había entregado documentación alguna al actor para estudiar el producto pero que al firmar sí que le entregó toda la documentación relativa al producto. Que tardó en explicar el producto al actor sobre unos 10 minutos, aunque posteriormente sostuvo que habían existido reuniones previas, manifestación que no contrastaría con la que sostuvo el actor quien vino a sostener que dichas reuniones lo fueron para tratar lo del préstamo ICO pero no para el producto financiero, sino que el producto se le explicó en 10 minutos y dándole la documentación relativa al mismo en el momento de la firma no con anterioridad. Del mismo modo tampoco se le calcularon al actor los costes de una cancelación anticipada por cuanto el propio Sr. ! ! ! alegó que no se podían calcular dichos costes en previsión de dos años porque dependían de varios factores.

La entidad bancaria comercializó el producto como una cobertura en la subida de los tipos de interés, en palabras de la actora como un "seguro" vinculado a los contratos que disponía, los de la hipoteca y el de la póliza, en el que siempre pagaría lo mismo. Por parte del Sr. ! ! ! se sostuvo que el

Swap coincide sólo con el importe del préstamo hipotecario no con el de la póliza y que si se cancelaba la hipoteca de forma anticipada también lo haría el swap aunque aseguró que tal extremo no se recoge en el contrato firmado, por lo tanto, ¿cómo puede existir tal cobertura de los tipos de interés variables de los préstamos hipotecarios con la contratación del swap si ambos no están ligados expresamente en el contrato?

La entidad bancaria no ha acreditado que explicara al clientes las consecuencias de firmar dicho contrato, mostrando todas las situaciones, tanto favorables como desfavorables, simplemente se le puso de manifiesto al actor que quedaría cubierto ante la subida de los tipos de interés considerando que la tendencia era alcista pero no se le explicó en detalle las consecuencias para el caso de que los mismos bajaran, cuando se considera que la demandada dispone sobradamente de personas con capacidad suficiente y medios necesarios para clarificar documentalmente todas aquellas cuestiones, incluso de un simulador por lo que perfectamente podía incluir en el contrato las mejores, peores e intermedias alternativas que podían producirse a modo de ejemplos. En ningún caso se pide una predicción acerca de cuál iba a ser la evolución de los tipos de interés, puesto que parece que de las propias noticias se infiere que iba a tener una tendencia alcista, y como bien ha señalado el Tribunal Supremo no puede achacarse a la entidades financieras que los tipos de interés y el Euribor se desplomasesen hasta mínimos históricos que todavía hoy se marcan, pero sí se le puede exigir que hubieran dado una información completa abarcando todos los escenarios posibles.

A ello debe añadirse que tampoco se hizo una simulación de los costes de cancelación anticipada del contrato, sin que de la simple lectura del documento nº 2 de la contestación de las cláusulas 10 a 14 pueda inferirse cuáles son los gastos de tal cancelación. Además, el propio Sr. reconoció que no se pudo informar al cliente de tales costes por cuanto inevitablemente no era posible hacer una previsión de los mismos porque dependían de varios factores.

En relación con esta exigencia de asesoramiento o información la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 ha resuelto la cuestión relativa a si el ofrecimiento de la permuta financiera a un cliente ya constituye un servicio de asesoramiento, cuya conclusión podríamos señalar que es la siguientes; siempre que el Banco o Caja recomienda a un cliente personalmente contratar un producto, aunque haya sido el cliente quien se dirigiese a la entidad para

pedir orientación, consejo o que se le ofrezca algún producto dirigido a una finalidad financiera cualquiera, existe asesoramiento; y, por ello, antes de realizar esa recomendación, la entidad debe evaluar los conocimientos, experiencia y perfil de su cliente y si el producto es idóneo con respecto a esos precedentes y a los objetivos que quiere conseguir.

En este supuesto concreto no se practicaron test de conveniencia o idoneidad, por cuanto la Ley 47/2007, de 19 de Diciembre, transposición de la Directiva 2004/39 MiFID, que obliga con carácter previo a la contratación por los clientes de este tipo de productos a someterlos a dichos test, entró en vigor con posterioridad a la celebración de dichos contratos. Pero aún así, debe señalarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado la obligación de los Estados a interpretar y aplicar el derecho interno a la luz de la letra y finalidad del Derecho de la Unión Europea, adquiriendo esta obligación gran relevancia con respecto a las Directivas para compensar la falta de reconocimiento de su eficacia directa horizontal (STJ 1990 en el asunto Marleasing). No puede admitirse que la Directiva MiFID no sea aplicable a los swap, como alega la parte demandada, puesto que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mencionada anteriormente también estableció que los mismos no están excluidos de la normativa MiFID, puesto que para ello fuera así deberían estar integrados en los contratos de préstamo o crédito que supuestamente cubren; y los préstamos y los créditos estar sometidos a una norma europea, circunstancias que no se cumplen en la inmensa mayoría de los swap que se comercializaron en España. Asimismo, la Sentencia dispuso que no es aplicable la causa de excepción a la aplicación de la Directiva consistente en que el producto no sea complejo por el mero hecho de que los swap están expresamente mencionados por la propia Directiva cuando expresa cuál es su ámbito de aplicación; es decir, cuando indica a qué productos se aplica.

Así, en este contexto, ha de darse valor probatorio a las afirmaciones que constan en la demanda respecto que la entidad bancaria le ofreció el producto como un seguro insistiendo en su similitud con un seguro, al ser un contrato de "cobertura de tipo", siendo presentado como un aseguramiento frente a las subidas del Euribor. De este modo, ha de concluirse que los actores nunca fueron informado de cuál era la previsión de evolución de Euribor, pues sobre esta cuestión la entidad bancaria ninguna prueba ha aportado, pues no ha probado que cumpliera con su deber de constatar y asegurarse de que el consumidor comprendía de forma plena y correcta el alcance del contrato y los riesgos y costes del mismo, ni se cercioró de que el contrato ofrecido era adecuado para las características financieras e inversoras de los actores.

De este modo, sólo puede concluirse que BANCO SANTANDER S.A. incumplió su deber de informar expresamente y con claridad de todas las circunstancias que podían afectar a la formación de la voluntad contractual del cliente, entre ellas desde luego conocer con claridad y detalle si el producto financiero le convenía, conociendo los hipotéticos escenarios simulados de subidas o bajadas del Euribor y su efecto sobre el contrato concertado y conociendo con certeza las condiciones y costes de la cancelación anticipada, además de la previsión a la baja del Euribor, lo que la prueba anterior ha acreditado que no se cumplió, debiendo declarar la nulidad de dicho contrato por incumplimiento de la obligación legal de informar sobre las características y riesgos del producto por parte de la entidad bancaria demandada.

SEXTO.- En segundo lugar, debe analizarse si esa falta de información dio lugar a error en el consentimiento de los actores. Primeramente, ha de señalarse que el Tribunal Supremo en sus últimas sentencias ha establecido que es necesario estarse al caso concreto, y, en ningún caso, puede estimarse la procedencia del error como vicio invalidante del consentimiento debido al cambio de las circunstancias sobre las que se generó la relación contractual.

Pues bien en este caso, debe concluirse que, a la vista de todo lo expuesto, estamos ante otro contrato que resulta nulo por vicio de error en el consentimiento, dándose todos y cada uno de los requisitos que la jurisprudencia exige para la existencia del error invalidante.

En efecto, en primer lugar estamos ante un error que recae sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto, al creerse que se contrata un seguro para evitar riesgos -los derivados de la subida de tipos de interés-, cuando en realidad se conviene un contrato especulativo de alto riesgo en caso de que bajen dichos tipos de interés. Por tanto el error afecta a la obligación principal del contrato, es decir al pago en función de la relación entre los tipos de interés y la referencia al cálculo de su importe, y a la característica del alto riesgo del producto.

Además estamos ante un error sustancial, porque afecta a un elemento nuclear del contrato, derivado de actos desconocidos para quien se obliga. En este sentido, se ha razonado aquí sobre la falta de información, imputable a la entidad bancaria. Naturalmente, el error no es imputable a quien lo parece, que no ha podido evitarlo mediante el empleo de una diligencia media o regular.

También se cumple la existencia de un nexo causal entre el error y la finalidad del negocio perseguido

que, para el cliente, no era otra que protegerse frente a la subida de tipos de interés cuando, en caso de bajada de dichos tipos, el producto funcionaba como un negocio especulativo y de alto riesgo, siendo imposible con una diligencia media y, en concreto con la diligencia media exigible al actor, apercibirse de tales riesgos.

Es un error excusable, puesto que el actor siguió el consejo del Sr. , persona con la que trataba a diario y con la había contratado sus hipotecas y su póliza de crédito, quien le convenció que era un producto seguro que sólo les proporcionaría los beneficios de asegurarse del alto riesgo derivado de una subida del tipo de interés, en cuanto a la operación crediticia paralelamente otorgada entre ambas partes.

El contrato, pues, es nulo de pleno derecho y en su consecuencia debe operarse la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia de contrato con sus frutos y el precio con los intereses, artículo 1306 del Código Civil. Se trata, en definitiva, de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidado, Sentencia Tribunal Supremo de 22 de abril de 2005, entre otras muchas. Ello supone la recíproca devolución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de los actores en aplicación del contrato, y tras la compensación de unas u otras reintegrar el saldo resultante a los actores.

SÉPTIMO.- Por último, se ejercita una acción de indemnización de daños y perjuicios que surgieron con la necesidad de contratar por parte del actor de un préstamo personal para poder hacer frente al importe al que ascendía el coste de cancelación anticipada de la permuta financiera y de las liquidaciones negativas. Debe partirse del principio de "restitutio in integrum" o de reparación integral del perjuicio causado, que constituye base fundamental del derecho de daños, y viene a significar que el patrimonio del perjudicado ha de quedar indemne, es decir, en iguales condiciones a las que tenía inmediatamente antes del hecho que motiva la reclamación (en este sentido, entre otras muchas, pueden citarse las SSTS de de 5 de noviembre de 1977, 18 de febrero y 24 de abril de 1978 y 2 de abril de 1997). Dichas liquidaciones negativas y la cancelación de la permuta financiera le supusieron al actor unos costes que no debía de soportar y sin que sea hecho controvertido que el dinero del préstamo haya sido destinado a satisfacer tales pagos. Tales daños y perjuicios se han cuantificado y se han acreditado con los documentos aportados en la demanda, por lo que procederá a su abono por parte de la demandada quedando de ese modo el actor inmune y en iguales condiciones a la contratación de la permuta financiera.

OCTAVO.- En cuanto a las costas, resulta aplicable el Art. 394, a tenor del cual, "en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razon, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". Puesto que la demanda se ha estimado íntegramente, procede imponer las costas a la parte demandada.

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

FALLO

Que debo **ESTIMAR** y **ESTIMO INTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales DÑA. ELISABET JORQUERA MESTRES en nombre y representación de D.

contra BANCO SANTANDER, S.A y en consecuencia DECLARO nulo el contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés de fecha de 13 de abril de 2007, debiendo CONDENAR a BANCO SANTANDER, S.A a la restitución al actor del importe de 16.343,55 euros más los intereses legales que correspondan desde las respectivas fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas en ejecución de este contrato y hasta su efectivo pago.

Del mismo modo debo CONDÉNAR y CONDENO a BANCO SANTANDER, S.A que abone al actor el importe de 1.027,97 euros en concepto de daños y perjuicios. Dicha cantidad deberá incrementarse en ejecución de sentencia con los importes de aquellos intereses que se hayan devengado con posterioridad a la interposición de esta demanda a razón de Euribor 12 M + 1,25 %, sobre el capital pendiente de amortizar en cada período de pago fijado en el contrato y hasta su vencimiento. Todo ello con imposición de las costas procesales a la demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, indicándoles que contra esta Sentencia cabe recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde su notificación, en la forma prevista en el art. 458 de la LEC, previa consignación en la entidad de crédito BANESTO y en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Juzgado la cantidad de cincuenta euros, lo que deberá ser

acreditado.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.