

Juzgado Primera Instancia 2 Cervera
Estudivell, 15
Cervera Lleida
TEL.: 873532830
FAX:
NUM. CUENTA BANCARIA DEL JUZGADO IBAN ES 2188 0000

N.I.G.: 26072 - 42 - 1 - 2013 - 8011689

dch
Procurador
TEL. 973 83 22 32
FAX 973 83 22 32
NOTIFICADO DÍA
14/10/2014

AUTOS
31/2013/ORD.C2
ORDINARIO
ABOGADO FAX 93 246 46 60
OSCAR SERRANO CASTELLS

CLIENTE / CONTRARIO
BARCELONA MATERIALS, S.L.
BANCO MARE NOSTRUM, S.A.

Procedimiento Procedimiento ordinario

OBJETO DEL JUICIO : Civil

Parte demandante
Procurador DAMIAN CUCURULL HANSEN
Parte demandada BANCO MARE NOSTRUM, S.A.
Procurador ANTONIO TRILLA OROMÍ

SENTENCIA 116/14

En Cervera, a treinta de septiembre de dos mil catorce.

Vistos por mí, D. JOAQUÍN DE MANUEL DE CÉSPEDES Y TORRES, Juez que actuó en sustitución del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Cervera, los autos de Juicio ordinario seguidos bajo el número 31 del año 2013, promovidos por el Procurador D. DAMIÀ CUCURULL HANSEN en nombre y representación de , defendido por el Letrado D. OSCAR SERRANO CASTELLS, contra la entidad BANCO MARE NOSTRUM, S.A. que se personó representada por el Procurador D. ANTONIO TRILLA OROMÍ y defendida por el Letrado y de los que resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha diecisésis de enero de dos mil trece fue turnada a este Juzgado demanda de juicio declarativo ordinario interpuesta el Procurador D. DAMIÀ CUCURULL HANSEN en la representación acreditada de interpuso demanda de juicio declarativo ordinario contra CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES, actualmente BANCO MARE NOSTRUM, S.A. en la que, tras exponer los hechos y citar los fundamentos de Derecho que estimó oportunos, terminó suplicando al Juzgado que se dictara sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos:

1º) Se declare la nulidad del Contrato de Cobertura de Tipos de Interés- "COLLAR BONIFICAT DE TIPUS D'INTERÉS" suscrito por ambas partes el 16 de octubre de 2008 y como consecuencia de dicha declaración se condene a la demandada a restituir a la actora el importe de 34.126.07 euros equivalente a las cantidades pagada en ejecución de este contrato, mas los importes que se pudieran pagar hasta la terminación del proceso judicial, incrementada con el interés correspondiente desde las respectivas fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas y hasta su efectivo pago.

2º) Subsidiariamente, se declare el incumplimiento por parte de BANCO MARE NOSTRUM, 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 la demandada al pago, en concepto de indemnización, del importe de 34.126.07 euros equivalente a las cantidades pagada en ejecución de este contrato, mas los importes que se pudieran pagar hasta la terminación del proceso judicial, incrementada con el interés correspondiente desde las respectivas fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas y hasta su efectivo pago.

3º) Se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dispuso el traslado a la demandada y su emplazamiento para que en el improrrogable término de veinte días compareciera y contestara, lo que hizo para oponerse a la demanda e interesar su íntegra desestimación con imposición de las costas a la demandante.

TERCERO.- En la audiencia previa al juicio celebrada con la asistencia de ambas partes, los letrados se ratificaron en sus respectivos escritos de alegaciones. Constatada la subsistencia del pleito y tras fijar los hechos controvertidos e incontrovertidos, se recibió el pleito a prueba, proponiendo la actora que se tuviera por reproducida la documental acompañada con la demanda, el interrogatorio del Legal Representante de la demandada y el interrogatorio de dos testigos. La demandada propuso la documental por reproducida, el interrogatorio del demandante y el interrogatorio un testigo. Todos los medios propuestos fueron admitidos.

CUARTO.- En el acto del juicio se practicaron las pruebas admitidas y no renunciadas con el resultado que es de ver a través de los medios de reproducción audiovisual. A continuación, los letrados de las partes consumieron un turno de intervención para el resumen de la prueba practicada, quedando seguidamente los autos pendientes de dictar resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posición del demandante.

Se ejercitan cumulativamente a través de la demanda las acciones de nulidad contractual radical por incumplimiento objetivo de las obligaciones legales de información sobre características y riesgos del producto por parte del profesional financiero, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil y, la acción de nulidad por ausencia de consentimiento y, subsidiariamente, de anulabilidad por error en el consentimiento prestado por el actor, en relación con el contrato de cobertura de tipos de interés, denominado "Collar Bonificat de Tipus d'Interés", suscrito entre las partes en fecha 16 de octubre de 2008. Subsidiariamente, se ejerce la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento objetivo de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos del producto

Estas acciones se fundamentan en los siguientes hechos:

a) Con ocasión del vencimiento de una pequeña póliza de crédito anterior, la demandante (una pequeña empresa dedicada a la comercialización de materiales de construcción que había mantenido una relación comercial con la demandada a través de su sucursal de Tárrega) recibió una llamada desde dicha sucursal para negociar la renovación de la misma. Así, la demandante suscribió el 16 de octubre de 2008 una póliza de crédito a un año por importe de 330.000 euros al tipo de interés del 6,750%. Antes de suscribirlo, desde la oficina se le indicó que desde los servicios centrales verían con buenos ojos la aprobación de la operación si esta iba acompañada de la suscripción de una cobertura de tipos de interés. Mas aún, según la demanda, se le dijo que para la contratación del crédito era obligatoria la contratación de la cobertura y que recibiría en sus oficinas la visita de un empleado para informarle al respecto.

b) A principios del mes de octubre recibió la visita de un empleado de la entidad financiera, ajeno a la oficina de , quien le expuso que la política de la entidad ante la continuada tendencia al alza de los tipos de interés variable era la de ofrecer a sus clientes un producto que les protegería de dichas alzas y que actuaba como una especie de seguro, aunque no conllevaba el pago de prima alguna, de forma que si el tipo de interés de referencia subía, el producto compensaba al cliente de dicho ascenso, garantizando el importe máximo de las cuotas. Ante esta explicación, el administrador de la actora, Sr. , accedió a firmar los documentos de contratación simultáneamente con los de la póliza. Estos son: el "contracte basic de prestació de serveis d'inversió" (doc. 3) y el "contracte de cobertura de tipus de interés collar bonificable de tipus d'interés" (doc. 4). Este último contemplaba una vigencia de

cuatro años y se estableció un importe nominal de 600.000 euros. También se estableció un Floor del 3,70% euros, un Cap del 4,70%, una Barrera del 5,70% y una bonificación del 0,10%, de forma que si el tipo de interés variable se sitúa entre el Floor y el Cap no se realiza liquidación alguna; si se sitúa entre el Cap y la Barrera la entidad financiera liquida al cliente la diferencia (o sea, ofrece una protección del 1%); pero si el tipo se sitúa por debajo del Floor es el cliente quien cubre al banco la bajada de tipos (aquel el riesgo asumido por el cliente es del 3,70%). Si los tipos se sitúan por encima de la Barrera, el cliente recibe una bonificación del 0.10%.

c) El ofrecimiento del producto no tenía ninguna finalidad de cobertura ante las variaciones de tipo de interés, sino puramente especulativa, como lo demuestra: 1º) que la cobertura se contratara por cuatro años cuando el contrato que se pretendía proteger tenía una vigencia de solo un año; 2º) se estableció un importe nociional de 600.000 euros, cuando el riesgo crediticio contratado con la entidad era de 330.000 euros (mas el capital pendiente de amortización de un préstamo anterior por 50.600 euros); y 3º) la póliza de crédito contratada estaba referenciada a tipo fijo para todo el tiempo de vigencia.

d) Bosch -prosigue la demanda- no comprendió el alcance de la extensa documentación de contratación, ni el significado de los términos empleados, tales como Floor, Cap, Collar, etc. Ante las preguntas de Bosch, el empleado de la demandada le manifestó que el contrato era literatura financiera y que decía de modo complicado el sencillo funcionamiento del producto que él le había explicado.

e) El referido empleado de la demandada no le explicó con suficiente claridad que podía pasar si los tipos de interés bajaban, ni los enormes gastos que pueden asumir los clientes en tal caso, ni como se calculan estos. Tampoco le informó de como podía cancelarse el producto y de los costos en tal caso, ni especialmente de que en caso de bajada de tipos la cobertura pasaría a ser a favor del banco y a cargo del cliente. Los avisos y ejemplos que se contienen en el contrato para el caso de un escenario de bajada de tipos, no están suficientemente desarrollada mediante un ejemplo real, estableciendo un riesgo genérico e incomprendible para personas no avezadas y poniendo un ejemplo que da a entender que el cliente recibirá mas de lo que perderá. A la demandante, que no se ha dedicado nunca a la inversión y especulación financiera ni tiene conocimiento sobre finanzas, no se le formuló el test de conveniencia exigido por la normativa MIFID a fin de evaluar los conocimientos financieros del cliente catalogándolo entre minorista y profesional. La declaración de conocimiento de riesgos no refleja la realidad de los conocimientos del demandante, que son nulos en materia financiera.

f) Tanto el folleto informativo que constaba en la web de Caixa Penedes, como el folleto informativo en formato papel, como las propias condiciones generales del contrato de cobertura, dan a entender: que es

un producto que solo funciona ante escenarios de subida de tipos de interés variable; se pasa a pagar de un tipo variable a un tipo fijo garantizando un coste financiero tipo para la empresa; y si los tipos bajan no habrá consecuencias negativas para el cliente. La realidad, empero, es que se trata de un producto de carácter aleatorio en función de la fluctuación de tipos, en el que no se paga prima pero si los tipos bajan por debajo del nivel de cobertura, el cliente cubre al banco frente a la bajada.

g) Caixa Penedés conocía bien en el momento de la contratación cuales eran las previsiones de evolución del Euribor a medio plazo, pero no trasladó esta información al demandante, actuando con mala fe contractual. De haber conocido que los tipos iban a bajar claramente la demandante no hubiera contratado el producto pues su intención era protegerse ante las subidas de tipos, no especular y arriesgarse a la posibilidad de soportar cuantiosas pérdidas.

h) Como resultado de todo lo anterior, a partir del mes de mayo de 2009 se giraron a la demandante liquidaciones negativas trimestrales, de manera que el total satisfecho por esta asciende a 34.126,07 euros, lo que ha producido efectos devastadores para su economía, que ha visto mermada su tesorería hasta el punto de verse en la necesidad de instar en noviembre de 2011 un concurso voluntario de acreedores, que se superó mediante un convenio con los acreedores. Esta situación de insolvencia comportó el impago de las liquidaciones correspondientes al año 2012 que ascienden a 12.014,44 euros.

SEGUNDO.- Posición de la demandada.

La demandada se opuso a la reclamación, dando respuesta en su escrito de contestación a cada una de las alegaciones fundamentadoras de la demanda. Así:

a) En cuanto a las circunstancias de la contratación, explica la demandada que el actual director de negocio territorial de Cataluña y Aragón de BANCO MARE NOSTRUM se desplazó a las oficinas de la demandada y le explicó pormenorizadamente a D. las características del producto y atendió las dudas que le planteó, desarrollándose la negociación con la máxima transparencia y bajo el principio de la buena fe. Por otra parte, el contrato suscrito no reviste mayor complejidad que cualquier otro contrato bancario firmado por el administrador único de la actora y se le ofrecieron ejemplos con hasta cuatro escenarios, lo que dificulta hacer creíble la alegación de la falta de explicación o comprensión del producto. Niega de manera rotunda que la suscripción del swap fuera condición para la concesión del crédito solicitado, sino que fueron dos actuaciones totalmente independientes. Nada tiene que ver la una con la otra.

b) El verdadero perfil de la actora es el de una sociedad mercantil

dedicada a la actividad profesional de comercio al por mayor de madera, materiales de construcción y aparatos sanitarios y que gira en el tráfico mercantil actuando de forma profesional en los distintos ámbitos de esta actividad, debiendo estar debidamente asesorado en las distintas materias de su actividad. Si bien ello no implica obligatoriamente conocer cualquier producto financiero, si implica llevarse bien en la gestión y llevanza de la compañía, para lo que es imprescindible cierta capacidad de entender el alcance, contenido y consecuencias de la firma de acuerdos contractuales. En este sentido, la demandada llama la atención sobre la contratación con la misma financiera en diferentes momentos de distintos

c) Explicaciones del empleado, a parte, la propia documentación firmada por acredita que de manera previa a la contratación la demandada conoció las características del producto y, concretamente y de forma expresa, su funcionamiento en caso de bajada de los tipos de interés. También incluye, en mayúsculas y negrita, una declaración de conocimiento de riesgos. Combate la demandada las apelaciones a la cultura del "donde hay que firmar" y la alusión a la creencia de que habían firmado un seguro. La confianza ciega en la entidad y sus empleados postulada demuestra una falta de diligencia total que convierte el error en inexcusable. La creencia de estar firmando un seguro no se sostiene ya que el contrato en ningún momento habla de póliza o contrato de seguros y, sobre todo, no existe ningún producto tipo seguro que sea gratuito, esto es, en el que no haya que pagar prima alguna.

d) Niega la demandada cualquier relación entre la contratación del producto de autos y la situación de concurso de la demandante. Así lo demuestra el informe de la Administración concursal que no menciona como causa el swap y si la crisis económica y financiera general y el cambio de criterio de los proveedores que, debido a la desclasificación de Crédito y Caución, pasaron a exigir pagos al contado, en contraste con las ventas a crédito, que provocaron tensiones de liquidez considerable. Además, pesaban sobre la actora otros deudas y riesgos que, en numero e importes, si se comparan con la cuantía deuda del derivado, no pudieron ser causa de insolvencia alguna.

e) Admite la adversa el carácter especulativo del producto y sostiene que se firmó con dicho objetivo. De ahí que se firmara simultáneamente un contrato de prestación de servicios de inversión.

f) MARE NOSTRUM favoreció a la demandante (pudiendo no hacerlo) con la posibilidad de cancelar anticipadamente el contrato sin causa, una vez desaparecido el riesgo de su balance o incluso si el préstamo sigue en vigor, cuando el cliente no desea mantener la cobertura. Sostener que desconocía esta posibilidad es incidir de nuevo en una falta de diligencia debida.

g) Sobre la evolución futura de los tipos de interés, alega la

demandada que no hay que confundir con la falta de información sobre el funcionamiento del contrato, que no existió, con el desconocimiento de la evolución de los tipos de interés. El riesgo de la evolución futura de los tipos fue asumido por ambas partes y por mucha experiencia y especialización que se posea en un sector, determinadas variables no tienen por qué ser susceptibles de predicción por los profesionales que operan con ellos. En este ámbito, afirma la demandada que nadie sabía lo que iba a ocurrir con los tipos de interés y que la contratación del collar se hizo en un escenario de subidas de tipos. La evolución del Euribor en 2008 era al alza, sobre todo desde abril de 2008.

TERCERO.- *El producto contratado.*

Precisamente, sobre esta clase de derivados financieros, la Audiencia de Lleida (como casi todas) ha tenido ocasión de analizar en profundidad su objeto, naturaleza y características, habiéndose pronunciado sobre los mismos en reiteradas ocasiones. La reciente Sentencia de 12 de febrero de 2014, define el collar como contrato sinalagmático, atípico, normalmente de adhesión, en el que tiene una gran importancia la aleatoriedad, lo que hace que se le considere un producto financiero de carácter especulativo que, por lo tanto, implica la asunción de un riesgo. No se trata, pues, de un producto de ahorro ni de un seguro. Puede tener una finalidad exclusivamente especulativa, en cuyo caso las partes, normalmente, no lo vinculan a otro producto financiero previo o coetáneamente hayan podido concertar. Pero también puede tener una finalidad de cobertura, supuesto en el que normalmente está relacionado con una o varias operaciones de préstamo o crédito con tipo de interés variable, que integraran el capital nocial, de manera que el prestatario se protege de las posibles oscilaciones al alza que pueda tener la evolución de los tipos de interés. También puede reunir ambas finalidades a la vez.

Así, se lee en esta Sentencia de la Audiencia, lo siguiente:

"Com ja s'ha assenyalat, no és possible donar una solució general per a tots els procediments on s'al·lega vici en el consentiment en la contractació d'un swap, sinó que cal examinar concretament quins són els fets on es fonamenta l'error vici. Com recordàvem a la nostra sentència de data 4 de juliol de 2013 , a l'hora de resoldre sobre un assumpte relatiu a un producte financer com el swap, no es poden establir criteris definitius i cal analitzar cas per cas per arribar a determinar si el vici en el consentiment que es denuncia concorre realment o no, malgrat la qual cosa és cert que es poden destacar alguns aspectes de la relació contractual que s'han d'examinar perquè poden ajudar a resoldre la qüestió litigiosa suscitada"

Així, la Sala entén que és clara la diferència entre els swaps en què es fixa un capital nocial que guarda relació amb l'endeutament que pugui tenir el firmant, d'aquells altres en què aquell capital nocial s'aparta clarament de la situació de passiu del contractant, atès que en aquest darrer cas, és palese

una finalitat especulativa del contracte, el què obliga a que la informació de l'entitat bancària inclogui també aquest "excés" de cobertura de manera que quedí perfectament acreditat que el client era sabedor que una liquidació negativa podria ultrapassar fins i tot l'escenari del tipus d'interès fix pactat com a interès referencial del passiu realment existent, o sigui, que el client no solament perdria els possibles beneficis d'una baixada de tipus en els productes financers que ja tenia contractats sinó que aquesta baixada l'hauria de cobrir sobre el capital nocional i no solament sobre el passiu real.

Relacionet amb l'anterior, també cal destacar que no és el mateix el contracte de swap nu d'aquell que ve acompanyat d'un contracte marc d'operacions financeres, que firmat prèviament, permet encabir-hi tota una sèrie d'operacions sobre futurs i derivats de gran complexitat financera i que exigeixen un coneixement per part del firmant força avançat. En aquells, a més, les operacions de swap poden adoptar la forma de swaps "de collar" o "de barrera" amb unes condicions que a primera vista, ja suposen una minva dels avantatges pel client al fixar topalls a les cobertures de l'entitat financera en cas de pujada de tipus i sense que aquests mateixos s'observin en les baixades, alterant ja d'inici la igualtat entre les parts, i on l'acreditació sobre si s'ha proporcionat informació relativa a aquest extrem és cabdal a l'hora d'examinar aquella manca com a tributaria d'un vici en el consentiment.

També és una dada a tenir en compte si la informació que es facilita al client ve acompanyada o no d'una simulació de les conseqüències de la mobilitat dels tipus d'interès (si és que aquest és l'element referencial escollit per a la permuta financer ja que se'n poden escollir altres, com ara la inflació), el que a més pot cobrar especial significació si aquella simulació, hipòtesi o exemple, a més, es fa en fulla a part, perfectament destacada, amb exemples a favor i en contra, emprant justament el capital nocional contractat per a l'exemple i sent signat tot plegat pels contractants".

Trasladando los anteriores criterios al caso de autos, se comprueba, en primer lugar, que no es un hecho controvertido el carácter especulativo del collar suscrito. En la contestación a la demanda (pag. 11 in fine) lo admite expresamente y precisamente por ello -dice- se firmó además un contrato de prestación de servicios de inversión.

Prueba del carácter objetivamente especulativo de la operación es la falta de coherencia con las condiciones de la poliza de crédito contratada en el mismo día, y con ocasión de cuya concesión se le "ofreció" a la demandante la contratación de la cobertura. Hay que tener en cuenta que, como veremos mas adelante, el testigo Sr. gestor de la demandada, declaró que ambas operaciones, si bien no condicionadas, aparecían "ligadas". En efecto, dicha falta de coherencia se comprueba si se compara el importe nominal del producto que era casi el doble de la poliza de crédito (330.000 euros, frente a 600.000 euros). Aunque es cierto que existía un préstamo anterior de 50.600 euros, la falta de correlación entre el total riesgo crediticio concertado con la demandada y la cobertura es evidente sobre todo, si se tiene en cuenta que la poliza era a un tipo fijo (6,750%) y durante un periodo de un año (la cobertura era para cuatro años).

Por otra parte, junto a la poliza de crédito y el collar, se contrató simultáneamente un contrato básico de prestación de servicios de inversión.

Veremos más adelante que este carácter especulativo del collar junto con el contrato básico contrastan con el perfil y costumbres de la demandante, así con la finalidad perseguida por ésta.

Resulta un hecho objetivo y evidente que el contrato suscrito no resultó idóneo para las expectativas económicas del demandante ofertadas por el Banco, de manera que, a partir de mayo de 2009, todas las liquidaciones fueron negativas para el cliente, generando un saldo negativo para este de 34.126,07 euros.

Pero es más, no solo el producto contratado escapaba a la finalidad perseguida por la demandante, sino que el mismo encubría un claro desequilibrio de prestaciones ya que, como acertadamente se dice la demanda, el cliente cubre al banco las oscilaciones de tipos del 0% al 3,70%, mientras que la cobertura que ofrece el banco es del 1% (del 4,70% al 5,70%), y a partir de la barrera (el improbable escenario del 5,70) la bonificación del 0,10%, de manera que no existe equilibrio entre el riesgo que asumen uno y otro. Pero sobre todo, se fija una barrera al alza a favor del banco limitativa de su responsabilidad, lo que no sucede con el cliente para el que no se fija ninguna barrera limitativa de su responsabilidad.

CUARTO.- *El deber de información*

Con carácter general, al ofertar y promover ante un cliente de perfil minorista (ya veremos que no es incompatible con la consideración de minorista el hecho de que se trate de una mercantil) y sin especiales conocimientos financieros no familiarizado con instrumentos financieros derivados, de carácter complejo, con componente aleatorio y un riesgo inherente, fórmulas de liquidación de difícil comprensión y con una vinculación por cuatro años (durante los cuales, previsiblemente, se iban a producir varios ciclos de tendencia del tipo de interés de referencia), pesaba sobre el banco oferente la obligación de facilitar al Cliente, previamente a la celebración del contrato, un nivel de información completo y adecuado para que pudiera comprender el contenido, funcionamiento, riesgos y repercusiones del producto que se le ofrecía, con franca exposición de los distintos escenarios que pudieran producirse y que habrían de incidir en su economía y prestaciones, incluyendo un brusco descenso de los tipos de referencia, determinantes de unas liquidaciones a cargo de cliente muy superiores a las que percibiría (como se ha visto) si los tipos se mantenían al alza, así como un pronóstico, desde la buena fe, de la previsible tendencia del índice de referencia, y del juego conjunto de este producto con fines de cobertura con el contrato crediticio principal; incluso sobre la adecuación o conveniencia del producto, y sus particulares condiciones a sus necesidades, y cerciorándose en todo caso de que el cliente realmente

había comprendido el funcionamiento del contrato y el riesgo que asumía, todo ello para que pudiera formar de manera adecuada y correcta, con pleno conocimiento de causa, su consentimiento contractual.

Esta información es exigible asimismo en el propio clausulado contractual, constituido por condiciones generales de la contratación, cuya Ley reguladora requiere que sean transparentes, sencillas y claras para que el adherente pueda conocer la trascendencia de las estipulaciones que firma y las obligaciones y riesgos inherentes al desenvolvimiento del contrato, exigiendo en todo caso que se informe al adherente de su existencia y se le facilite un ejemplar de las mismas (art. 5 LCGC). Esta obligación informativa viene impuesta, en el contexto descrito, por las exigencias de la buena fe, a la entidad financiera, que es y debe ser perfecta conocedora de los riesgos que comporta un producto financiero de las características propias de un swap , y que lo ofrece a sus clientes, máxime si éstos carecen de conocimientos y de experiencia en los productos financieros derivados, es decir, de clientes "minoristas" , calificación que legalmente se otorga a quien no tenga la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos (art 79 bis LMV).

Esta obligación de información en la fase precontractual, no solo deriva de las exigencias la buena fe en la contratación, en términos abstractos o generales, sino que viene también impuesta por normas de rango legal y reglamentario, procedentes de la Directiva 2004/39, MiFID, sobre mercados de instrumentos financieros, Incorporada al ordenamiento español por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que a este efecto modificó la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, y es desarrollada por el RD 217/2008, de 15 de febrero, aplicable a las entidades que presten servicios de inversión y ofertan productos financieros como el de permuta de tipos de interés, que se incluyen en el ámbito de aplicación de la LMV (art. 2 LMV).

La oferta y contratación de este tipo de productos financieros, por tanto, está sometida al marco específico de exigencias informativas precontractuales que impone dicha normativa, y que se condensan, en lo que ahora interesa, en los siguientes preceptos del ordenamiento español:

a) El art. 78 bis de la LMV ordena a las empresas de servicios de inversión o que ofrezcan a sus clientes dichos servicios o productos financieros, recabar la información necesaria para clasificar a sus clientes en dos categorías básicas: profesionales o minoristas. Según el apartado 2, tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y serán clientes minoristas (apartado 4) todos aquellos que no tengan adquirido ese acervo de experiencia y

conocimiento. Es evidente que esta clasificación de la clientela tiene por finalidad adecuar o adaptar la concreta información precontractual que ha de ser suministrada por las empresas de servicios o productos de inversión al perfil del cliente, adaptación que sin duda requerirá un mayor despliegue informativo si éste no es profesional, habituado y con experiencia a este tipo de productos financieros.

b) El art. 79 bis de la LMV impone a estas mismas entidades la obligación de mantener informados adecuadamente y en todo momento a sus clientes. Esta información (necesaria sobre todo en la fase precontractual), incluida la publicitaria, deberá ser "imparcial, clara y no engañoso". Las entidades financieras -prosigue el precepto- deberán proporcionar a los clientes, "de manera comprensible", información adecuada sobre la entidad y los servicios que prestan (es decir, ofertan); sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, los gastos y costes asociados, de modo que les permita (a los clientes) comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se les ofrece, para que puedan tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. Esta información "podrá" facilitarse en un formato normalizado, pero en todo caso "deberá" incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias", y (apartado 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.

El apartado 7 de este precepto (art. 79 LMV) agudiza más la protección precontractual al cliente al disponer que la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente "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" y, en base a esa información, si la entidad considera que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. Añade la norma que "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".

"En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio".

QUINTO.- *El error invalidante.*

Se concluye de lo anterior que sobre la entidad financiera que ofertó el producto al cliente minorista, a iniciativa de aquella y no de este, por cierto, pesaba la obligación de facilitarle, previamente a su

firma, un bagaje de información de calidad, adecuada y suficiente, a fin de que el cliente pudiera saber lo que firmaba, sus repercusiones y riesgos.

Por otra parte, es importante resaltar que la carga de probar el cumplimiento de una obligación recae sobre la parte a quien incumbe su cumplimiento y lo afirma, que es aquí la parte demandada. Además de que para la actora la ausencia de información es un hecho negativo, de imposible o difícil prueba, la disponibilidad y facilidad probatoria para acreditar el cumplimiento de tal obligación está bajo la órbita de control de la entidad financiera (art. 217.7 LEC).

Pues bien, sentadas las anteriores premisas, en el caso aquí enjuiciado se llega a la conclusión de que los elementos probatorios que obran en las actuaciones son insuficientes en orden a demostrar que la parte demandada satisfizo cumplidamente la obligación informativa que le incumbía y que incidía de manera determinante en el consentimiento del demandante, por lo que, conforme al art. 217.1 LEC, esta claro que es la demandada quien ha de padecer las consecuencias perjudiciales para su posición y derecho de la ausencia de prueba de tales hechos relevantes.

En efecto, la valoración de la prueba, realizada conforme a la sana crítica, conduce a estimar insuficientes las declaraciones de los dos empleados de la financiera demandada que depusieron en el acto del juicio, para acreditar el cumplimiento de la obligación informativa con la extensión y precisión que era exigible a la entidad financiera, para que el cliente pudiera formar su consentimiento con conocimiento de causa.

De entrada hay que partir de la evidencia de que ambos continúan siendo todavía a día de hoy empleados de la demandada. Uno de ellos D. _____, es actualmente (el día del juicio) nada menos que director de negocio territorial de Cataluña y Aragón de la entidad demandada y actuó no como testigo, sino como legal representante de la misma. Es lógico pensar que ambos tienen interés en sostener que cumplieron con su contenido informativo, ya que a través de ellos se ofertó y promovió la firma de los contratos litigiosos. La situación de dependencia laboral de la entidad demandada y de responsables, en representación del Banco, del cumplimiento de las obligaciones que aquí se cuestionan, junto con el carácter un tanto genérico de los datos que aportaron, no contribuye a formar un criterio decisivo en cuanto a la realidad de la completa información precontractual que debió suministrarse, al tiempo que debilita la credibilidad y fuerza probatoria de tales declaraciones.

En este sentido, no hay que dotar de mayor credibilidad a las manifestaciones de estos empleados frente a las del propio representante de la demandante que, de manera absolutamente contradictoria, ofreció en su declaración la versión de que hubo una total falta de información. Así, dijo que poco menos que se le obligó a firmar

tanto el collar como el contrato básico de prestación de servicios si quería obtener el préstamo que se le concedió. No se le hizo test alguno de idoneidad, no se le facilitaron folletos explicativos ni ninguna información adicional salvo una grafica que no entendió y respecto de la que le dijeron que no tenía importancia y que toda la entrevista (la única) que mantuvo con el empleado del banco duró diez minutos, por lo que era materialmente imposible que pudiera explicarle todo lo que en el Juicio declaró que le había explicado. Aunque reconoció que leyó el contrato un momento antes de la firma, aseguró que no entendió su funcionamiento, en particular las consecuencias en caso de bajada de tipos por debajo del tipo Floor y que no se le explicó que tendría que pagar (ni por lo tanto cuánto podía representar) en ese caso. Tampoco se le explicaron las posibilidades de cancelar anticipadamente ni se le ofrecieron otros productos alternativos. Era o eso o nada, "o esto o no hay crédito", dijo. En definitiva, lo que se le indicó fue simplemente que se trataba de un producto que le protegía de las fluctuaciones de tipos de interés.

Pese a lo dicho al principio sobre la falta de imparcialidad objetiva de los empleados del Banco que depusieron en el Juicio, hay que consignar aquí algunas de sus respuestas por lo que tienen de reconocimiento de hechos fundamentales para comprender la información facilitada.

Así, declaró que solo se entrevistó una vez con el representante de la demandante, que no conocía a de antes y que junto con , gestor de confianza de la actora, le "recomendaron a : este collar". Aunque negó que se le condicionara la concesión de crédito a la contratación de este producto, explicó que la finalidad de este era la de "ofrecer el producto a nivel global" con el objetivo de cubrirlo de subidas del euribor y, a diferencia de lo que se sostiene en la contestación de la demanda, aseguró que el objetivo no era especulativo en el sentido de ganar dinero con la operación. También reconoció que no comprobó el historial de contratación del cliente ni comprobó si había contratado alguna vez otro producto similar o complejo. No hizo un análisis del cliente ni tampoco se hizo un test de idoneidad o conveniencia conforme a la normativa MIDFID, solo tuvo en cuenta el CIRBE (donde no consta si la deuda es a interés fijo o variable, según dijo). No tuvo en cuenta que la mayoría de créditos concedidos a la empresa era a tipo fijo, ni tampoco que no cuadraba el perfil de los productos hasta entonces contratados (a tipo fijo) con el producto que colocaba. Insistió en que le explicó el producto, esto es, que según la evolución de los tipos de interés se establecían unas pautas y que el producto cubría estas pautas, es decir, que cubría las subidas tipos, pero también le explicó los riesgos de bajar los tipos por debajo del 3,70%. También dijo que debido a la "poca experiencia del cliente" en el producto se hicieron simulaciones sobre las consecuencias de las subidas y bajadas de tipos. "Respecto del Contrato básico de prestación se servicios de inversión, señaló que "se hacía firmar" esta contrato al cliente para que fuera conocedor de los

riesgos del producto. Respecto de la evolución de los tipos de interés, reconoció que conocía los informes sobre una previsión bajista de tipos, pero de lo que informó al cliente fue de otras previsiones que indicaban lo contrario, en particular citó unas declaraciones del entonces Presidente de BCE, Trichet, que decía que los tipos seguían subiendo.

, a pesar de coincidir con en que no se condicionó la concesión de la póliza de crédito a la contratación del swap, si dijo que fue "ligada" a la renovación de la póliza y explicó a continuación lo que se conoce como "venta cruzada" de productos financieros. Dijo que la empresa demandante no tenía asesor financiero y que nunca había contratado ningún producto complejo (si un fondo de pensiones, Bosch a nivel particular, que al final se convirtió en garantizado) y que no tenía un perfil especulador.

A pesar de lo anterior, la demandada considera correcta y suficiente la información facilitada y pone el énfasis en que el propio texto de los contratos suscritos no ofrece especiales dificultades de compresión (no más que cualquier otro contrato bancario) ni la complejidad que pretende la demandante y, además, se acompañan de una declaración de conocimiento de riesgos con ejemplos con hasta cuatro escenarios posibles. En este ámbito, la demandada considera trascendental que la demandante sea una sociedad que actúa a través de su representante legal, esto es a través de un administrador al que se le supone capacidad para comprender el contenido de cualquier contrato que celebre y asumir las obligaciones derivadas del mismo.

Sin embargo, los hechos incontrovertidos o acreditados sobre las circunstancias de la contratación no permiten extraer la conclusión pretendida por la demandada de que el administrador de la demandante tenía necesariamente que haber comprendido el funcionamiento del producto con su sola lectura y las explicaciones ofrecidas. Antes al contrario. Hay que partir de los siguientes hechos relevantes acreditados:

a) El perfil no especulador y la inexperiencia de la demandante en la contratación de esta clase de productos y servicios, lo que no fue tenido en cuenta por la demandada al ofrecer el producto.

b) La falta de un test de idoneidad o de conveniencia.

c) La oferta del producto como destinado a servir de cobertura frente a una subida de tipos, todo ello a iniciativa de la demandada y de manera vinculada a la renovación de una póliza que, por sus características (tipo fijo, a un año e importe nominal inferior) no justificaba ni sumando las amortizaciones pendientes de un crédito anterior con la misma entidad, la colocación del swap.

d) La simultánea colocación de un contrato básico de servicios de inversión, no demandado por el cliente, como marco de futuras

operaciones hasta el momento inéditas para la actora.

e) La información errónea que (de buena o mala fe) se le trasladó al administrador de la demandada sobre la evolución previsible de los tipos de interés, ocultando las previsiones a la baja que, algunas manifestaciones a parte, a buen seguro los servicios de estudios de la entidad demandada, así como los del Banco de España entre otros, conocía la demandada, como se ha acreditado en innumerables resoluciones judiciales sobre la contratación de esta clase de productos en la misma época.

Todo lo anterior combinado obligaba a la demandada a un plus de información, que no ha conseguido acreditar, que fuera más allá de una lectura rápida del propio texto de los documentos firmados. A la vez, invita a presumir la confusión y, en definitiva, el desconocimiento por la demandante del verdadero riesgo asumido con la firma del producto. En definitiva, la existencia de un error excusable sobre un elemento esencial.

La recientísima STS de 7 de julio de 2014, resolviendo un caso análogo, argumenta sobre esto de la siguiente manera:

"La aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, atendidos los hechos que han quedado relatados, implica que la entidad de crédito demandada ofreció el swap a la demandante, cliente minorista, como un producto dirigido a servir de cobertura frente a una subida de los tipos de interés aplicables a las hipotecas y no realizó el test de idoneidad, que era el procedente ya que al comercializarse el swap, como recomendación personalizada a quien en realidad quería un seguro de vida, el servicio prestado fue de asesoramiento financiero.

En consecuencia, la declaración de la sentencia recurrida según la cual la lectura del documento contractual no permite apreciar error acerca del funcionamiento del contrato no impide, puesto que la entidad demandada no hizo el test de idoneidad, presumir el desconocimiento por el cliente del verdadero riesgo asumido, lo que supone el error excusable sobre un elemento esencial según la doctrina expuesta.

Lo relevante, por tanto, no es si la información debía incluir o no unos gráficos de posibles evoluciones de EURIBOR, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el artículo 64.2 del RD 217/2008), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del instrumento procedente en este caso, que era el test de idoneidad, cuya ausencia permite presumir el error excusable.

No pueden aceptarse las alegaciones sobre la suficiencia del contenido del contrato para excluir el error, tesis que cede -como en definitiva se ha considerado en la sentencia recurrida- ante la presunción, derivada del incumplimiento de la realización del test de idoneidad, del desconocimiento del

riesgo real de la operación, ni tampoco las alegaciones sobre el carácter inexcusable del error, pues como declaró esta Sala en la STS nº 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 , la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa, que obliga al banco, no de mera disponibilidad.

En cuanto a la alegación sobre la carga de la prueba del error y su atribución a quien lo alega -aunque es un tema propio del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y no del recurso de casación, pero en este caso íntimamente unido a la aplicación de la norma sustantiva- tan solo cabe decir que no puede tenerse en consideración por esta Sala ante la presunción derivada del incumplimiento del deber de realización del test de idoneidad.

Queda por precisar que la circunstancia de que la entidad de crédito recurrente -según alega- ofreciera el swap a la mercantil demandante con la finalidad de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 19 del RD 2/2003 , para informarle, como deudora hipotecaria que era con préstamos a tipo de interés variable a largo plazo, de los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de los tipos de interés disponibles, no excluye que ese ofrecimiento fuera una recomendación personalizada determinante de la existencia de asesoramiento financiero en los términos en que se define por la STJUE antes citada, pues se ofreció el swap (bien es cierto que en varias modalidades) para cubrir las posibles oscilaciones del tipo de interés de su hipoteca a una sociedad mercantil cuyo administrador estaba interesado, en realidad, en un seguro de vida.

Esto último merece la consideración final de que presentar un swap como un seguro contra el riesgo de la subida de los tipos de interés induce por sí mismo al error de quien recibe tal asesoramiento, porque en el contrato de seguro, ciertamente aleatorio, la pérdida para el tomador del seguro consistiría en seguir pagando la prima aunque los tipos de interés no subieran, mientras que en el swap la pérdida consiste en el pago de muy considerables cantidades de dinero si los tipos de interés bajan, lo que lo aleja de la estructura del contrato de seguro para aproximarla a otro contrato también aleatorio pero muy diferente como es el de apuesta".

Por ultimo no obsta a todo lo anterior el hecho de que la demandante sea una mercantil, circunstancia esta que la demandada se ha encargado de subrayar.

En primer lugar, que se trate de una sociedad no es siempre incompatible con el carácter minorista del cliente. En efecto, como hemos visto, por una parte, la demandada no puede negar dicho perfil del demandado, toda vez que no hizo clasificación alguna por cuanto no le sometió al test MIDFID. Tampoco se preocupó de conocer el tipo de productos contratados hasta la fecha. Por otro lado, el perfil minorista no depende de que el cliente sea un particular o una sociedad, civil o mercantil, sino de que el cliente (directamente si es un particular o el administrador de la sociedad) sea capaz de comprender los riesgos de la operación, teniendo en cuenta su formación, su experiencia, su actividad habitual, asesoramiento y el historial de contrataciones anteriores. En este caso, hemos visto que nada hacía pensar en un perfil especulador,

sino al contrario mas bien conservador, sin haber suscrito nunca operaciones arriesgadas y limitando sus operaciones financieras a la obtención del crédito necesario para sus actividades productivas, nada relacionadas con negocios de carácter especulativo o con operaciones financieras.

Desde otro punto de vista, es cierto que en algunas ocasiones la Audiencia de Lleida ha considerado la trascendencia que en los casos de la contratación de esta clase de productos tiene que el cliente sea un particular o una mercantil. Sirva de ejemplo la reciente sentencia de 4 de junio de 2014, que, con cita de una anterior resolución de fecha 7 de julio de 2010, se expresa de la siguiente manera:

"Per últim constatar també que no són poques les audiències en que la perspectiva sobre la que s'analitza la informació facilitada al client a efectes de palesar un vici en el consentiment, no és la mateixa en el cas de ser un particular o una mercantil, argumentant en el cas de les societats que en aquests els seus administradors per imperatiu legal, han d'actuar en compliment de l'objecte social amb la diligència d'un ordenat empresari i d'un representant lleial, ponderant prèviament els riscs, en aquest cas financers, de les operacions que concloguin en interès de l'entitat".

Ahora bien, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de julio de 2014 que se ha citado anteriormente, no parece compartir esta tesis. En dicha resolución rechazó el recurso de casación formulado, precisamente por BANCO MARE NOSTRUM, S.A. frente a una mercantil, precisamente en relación al mismo producto que aquí nos ocupa. En esta resolución, por un lado, el Tribunal de Casación, no objeta incompatibilidad alguna entre la naturaleza de sociedad mercantil del cliente y su calificación como cliente minorista. Por otro lado, no aprecia incumplimiento alguno por parte de sus administradores de sus obligaciones derivadas de un ordenado empresario y representante legal. Obviamente, ello dependerá de las circunstancias concretas del caso, sin ninguna clase de apriorismos. En este caso, ya se ha dicho que las circunstancias que rodearon la contratación y el perfil inexperto y conservador de la demandante y su administrador no permiten considerar que el error al que se le indujo fuera inexcusable.

Reiterar que el incumplimiento por la entidad bancaria de la normativa específica reguladora de su comportamiento precontractual en el aspecto informativo, representada por los preceptos de la LMV y RD 217/2008, contribuyó de manera decisiva a la formación del un consentimiento viciado por la falta de información necesaria para poder comprender el producto y sus riesgos.

En definitiva, por todo lo expuesto, es apreciable el error excusable sobre un elemento esencial del contrato y, por ende, invalidante del consentimiento prestado por la actora, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.265 y 1.266 del Código Civil, imputable a la entidad demandada por no haber proporcionado al cliente la información adecuada y completa sobre las características y verdaderos riesgos que

asumió con la firma del contrato, en particular los derivados de una bajada del tipo de interés de referencia que daría lugar a liquidaciones muy superiores a las percibidas por el cliente mientras se mantuviera al alza.

El incumplimiento, además, por la entidad bancaria de la normativa específica reguladora de su comportamiento precontractual en el aspecto informativo, representada por los preceptos de la LMV y RD 217/2008, contribuyó de manera decisiva a la formación del un consentimiento viciado por la falta de información necesaria para poder comprender el producto y sus riesgos.

En consecuencia, procede la íntegra estimación de la demanda y declarar la nulidad por error en la prestación del consentimiento del contrato litigioso, que es una de las causas alegadas de la nulidad del contrato que se pretende en la demanda, con la consecuencia liquidatoria, asimismo demandada, que cumple la función de restitución de las recíprocas prestaciones.

SEXTO.- Establece el art. 394 LEC que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razoné, que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho. No siendo este el caso, deben imponerse a la demandada vencida.

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

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. DAMIÀ CUCURULL HANSEN actuando en nombre y representación de contra BANCO MARE NOSTRUM, S.A., declaro la nulidad del Contrato de Cobertura de Tipos de Interés- "COLLAR BONIFICAT DE TIPUS D'INTERÉS" suscrito por ambas partes el 16 de octubre de 2008 y, en consecuencia, condeno a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 34.126.07 euros pagada en ejecución de dicho contrato, incrementada con el interés correspondiente desde las respectivas fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas, y las costas procesales.

Notifíquese la presente a las partes con la mención de que no es firme ya que contra ella cabe recurso de apelación para ante la lma. Audiencia Provincial de Lleida, debiendo interponerse por escrito ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública con mi asistencia como Secretario. Doy fe.-

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado y se libra testimonio para los autos. Doy fe..-