



Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell

Avenida Francesc Macià, 36 Torre 1 - Sabadell - C.P.: 08208

TEL.: 937454230
FAX: 937238311

Procedimiento ordinario

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Parte demandante/ejecutante:

Procurador/a: Francisco Toll Musteros
Abogado/a: OSCAR SERRANO CASTELLS

Parte demandada/ejecutada: BANCO DE SABADELL,
S.A.

Procurador/a: Teresa Prat Ventura
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 139/2016

Magistrada-Juez: Marta Hueso Clemente

Lugar: Sabadell

Fecha: 20 de junio de 2016

Vistos por mí, Marta Hueso Clemente, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell los presentes autos de juicio ordinario promovidos por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Troll Musteros en nombre y representación de Dña. contra Banco de Sabadell, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado la demanda de juicio ordinario presentada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Troll Musteros en nombre y representación de Dña. contra Banco de Sabadell, S.A.

Admitida a trámite la demandada se dio traslado al demandado quien procedió a contestarla en plazo, convocándose a las partes a la audiencia previa prevista en la Ley donde se fijaron los hechos controvertidos, se propuso y admitió prueba y se citó a las partes a la celebración de juicio.

SEGUNDO.- El día de la vista, con la asistencia de las partes, se practicó la prueba propuesta y admitida quedando los autos vistos para sentencia. Debiéndose apreciar que no constando en autos los documentos numerados por el demandado en su escrito de contestación a la demandada, se introdujeron en este acto con el consentimiento de la actora habida cuenta que los documentos aparecían numerados en la demandada, y no se formuló oposición alguna sobre ellos en audiencia previa. Revisados que fueron tales documentos por la actora en el momento de la vista, no se opuso a su incorporación a autos en tal momento procesal por lo que así se procedió.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejerce la acción de nulidad del contrato de permuta financiera celebrado con Banco Sabadell en fecha 24 de julio de 2008 al entender que se incumplieron por la entidad bancaria las obligaciones previstas en los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores, así como los artículos 60, 64, 66, 73 y 74 del Real Decreto 217/2008 de 28 de febrero. En este mismo orden, también considera nulo el contrato de fecha 19 de diciembre de 2011 al incumplir 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; así como por haberse prestado el consentimiento vulnerando los artículos 1,300 y 1,301 del Código Civil.

Subsidiariamente se ejerce acción de anulabilidad por error en el consentimiento en base a lo previsto en los artículos 1.261, 1.265, 1.266, 1.300 y 1.303 del Código Civil.

Finalmente, y para el caso de no ser estimadas estas dos acciones insta la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios debido al incumplimiento contractual en que habría incurrido la parte demandada y que se objetiva en la falta de información sobre las características y riesgos del producto contratado, previa declaración de abusividad del contrato de fecha 19 de diciembre de 2011 por el que se obligó a la actora a renunciar a cualquier acción legal vulnerando el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

Según se desprende del escrito de demanda, en fecha 24 de julio de 2008, la actora concertó un contrato de préstamo hipotecario por importe de 3.000.000 euros, con vencimiento a 15 años a fin de satisfacer los impuestos por el legado heredado de Dña. . En esta misma fecha, los hijos de

la actora también concertaron sus respectivas hipotecas sobre los bienes heredados, y con el mismo fin, apareciendo en todas ellas como fiadora Dña.

. En el momento de suscribir las hipotecas, es decir, el mismo día 24 de julio de 2008 y por recomendación de la directora de la oficina de Banco Sabadell, se suscribió entre Dña. y la demandada, un contrato Marco de Operaciones Financieras, una Solicitud de Swap y un Test de Idoneidad.

En el presente pleito se pretende la nulidad del contrato de permuta financiera en base a las siguientes alegaciones. Afirma la actora que no se le informó de las características y riesgos del producto, que la directora de la oficina bancaria, Dña. aprovechó el momento de la firma de las hipotecas para que la actora firmara los contratos que son objeto de autos, manifestándole que se trataba de un producto cuya contratación le interesaba mucho ya que se trataba "de una cobertura frente a la subida de los tipos de interés" y que no tenía coste alguno. Concretamente, que obtendría una protección frente a la continua subida de los tipos de interés, sin ningún tipo de advertencia en relación a los riesgos de pago ante los descensos del índice, ni los costes de una eventual cancelación anticipada. En consecuencia, el producto ofertado a la





actora no habría sido adecuado, como lo demuestra el test de idoneidad donde se recoge que el perfil de Dña. _____ es prudente con lo que los productos que deberían ofrecérsele deberían ser de riesgo medio y no alto como se han calificado los SWAPS por la CNMV.

A la deficiente información suministrada por los empleados de Banco Sabadell se suma la falta de claridad de los documentos firmados por la actora, así el CMOF no contendría una referencia clara al producto que se estaba contratando sino una variedad heterogénea de productos financieros de diversa índole; en cuanto a la Solicitud de contratación adolece de ejemplificaciones sobre las diferentes liquidaciones que podrían darse, el coste de cancelación anticipada o los riesgos del producto.

Como consecuencia del funcionamiento del swap contratado por la actora, se ha producido ya una liquidación negativa de 848.093,67 euros habiendo obtenido únicamente una primera liquidación positiva de 18.990,47 euros. Consta que el producto se concertó sobre un capital total de 5.351.522,58 euros, que el banco pagaría un tipo variable trimestral en relación a Euribor mientras que el cliente abonaría un tipo fijo del 5,03%, de modo que la cantidad a pagar o percibir resultaría de la diferencia de saldos entre las partes con una barrera al alza a favor del banco del 6,10% de modo que si los tipos superaban la barrera el banco únicamente abonaría una bonificación de 0,15%. Se produce por tanto un desequilibrio entre los riesgos asumidos por las partes: mientras que el cliente no tiene fijada una barrera al alza de modo que asume un riesgo del 5,03%, el banco tiene a su favor una barrera desactivante que se sitúa a 1,07% del tipo de referencia concertado. A su vez, debe tenerse presente la evolución de los tipos de interés en el momento en que se concertó el contrato, donde ya se preveía una tendencia bajista.

Consecuentemente, el swap se vendió por la entidad bancaria como garantía frente a las subidas de los tipos de interés pero en ningún momento se explicaron las consecuencias que podrían generarse para el cliente ante una bajada de los tipos de interés.

En relación al caso concreto el producto no se adaptada a las necesidades financieras del cliente. Se argumenta que durante el primer año las hipotecas se concertaron a un tipo fijo del 6,75% por lo que no tenía ningún sentido establecer una protección frente a subidas de Euribor, ya que el interés concertado ya era lo suficientemente alto; en segundo término, consta que para los sucesivos períodos se había concertado una cláusula suelo con la agravante que ante bajadas de los tipos de interés el cliente abonaba intereses al banco por dos conceptos.

Ante la imposibilidad de hacer frente a los costes del Swap y los incrementos de la cuota hipotecaria por aplicación de la cláusula suelo, en fecha 22 de julio de 2010 se novaron las hipotecas con fecha retroactiva al 1 de enero de 2010 pactándose una carencia de capital de 24 meses y eliminándose las cláusula suelo hasta el 31 de julio de 2015, rebajándose el tipo fijo inicial del 6,75% al 6,11%. No obstante, la novación en nada afectó a los perjuicios que el Swap estaba ocasionando a Dña. _____, así pues, los tipos de interés ya se encontraban al 2% y el tipo fijo del swap era del 5,03%.

No habiéndose visto mejorada la situación financiera de la actora mediante la





negociación de 2010, el 19 de diciembre de 2011 se volvieron a negociar las condiciones de los préstamos, de modo que en relación a las hipotecas de Dña. y una de sus hijas se amplió a 45 meses la carencia de pago de capital y en cuanto a las demás hipotecas se retiró definitivamente la cláusula suelo a cambio de un diferencial con Euribor del 0.749 puntos. Al mismo tiempo, en fecha 19 de diciembre de 2011, Dña. firmó un documento de renuncia al ejercicio de acciones judiciales por consecuencias negativas del swap.

En base a todo lo expuesto es que se solicita la nulidad de los contratos de 24 de julio de 2008 y 19 de diciembre de 2011, o bien de forma subsidiaria la anulabilidad o resolución contractual del primero con la nulidad del segundo.

La entidad demandada se opone a la estimación de la demanda. Afirma Banco Sabadell que Dña. renunció a cualquiera acción judicial derivada del contrato de hipoteca y swap mediante acuerdo de fecha 19 de diciembre de 2011 por lo que no puede ser admitida la acción que se ejerce en este procedimiento, máxime cuando la renuncia se produjo después de las negociaciones entre las partes donde se estudiaron diversas soluciones al problema de Dña. , apareciendo ésta asesorada por D.

–administrador de las fincas hipotecadas y arrendadas-. En segundo término, se niega el carácter de consumidora de Dña. , se aporta como documento número 2 informe donde se acredita que Dña.

es empresario individual habiendo iniciado su actividad en enero del año 2000, siendo su objeto social “el alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia, alquiler de locales industriales y otros alquileres ncop, y agencias inmobiliarias, administradores de fincas”, con domicilio social en de Barcelona. De modo que aunque el crédito solicitado se destinaba a pagar los impuestos derivados de la herencia de Dña.

, las fincas adquiridas se destinaban al mismo objeto social que ya venía desempeñando la empresa de Dña. , ya que incluso algunas de ellas ya se encontraban alquiladas en el momento de heredárlas con lo que no resulta aplicable la normativa de protección de consumidores y usuarios.

Sin perjuicio de considerar que el contrato firmado el 19 de diciembre de 2011 no puede ser anulado, en caso de estimarse tal pretensión, afirma la demandada que el contrato se habría visto convalidado por la forma de proceder de la demandada, quien durante 4 años lo habría venido cumpliendo, en este mismo sentido, si se declara la nulidad del contrato de 19 de diciembre de 2011 deberían dejarse sin efecto las novaciones de las hipotecas.

Por lo que respecta a la acción de anulabilidad basada en vicio del consentimiento, considera Banco Sabadell que se habría producido la caducidad de la acción ya que en el mes de julio de 2010 se produjo una negociación entre las partes en relación a los perjuicios que el swap estaba generando a Dña.

; hecho que al mismo tiempo habría venido a confirmar el anterior contrato.

Finalmente, en cuanto a la resolución por incumplimiento contractual, asegura la demandada que el banco entregó la información necesaria para conocer el





producto contratado, cumpliendo con las disposiciones legales aplicables.

SEGUNDO.- Debe estudiarse en primer término la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, pudiéndose traer a colación la clasificación que realiza la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de fecha 11 de febrero de 2015 recogiendo a su vez los conceptos contenidos en otras resoluciones: "Es indiscutible que el swap es un contrato complejo y que, como dijimos en la Sentencia de esta Sección de fecha 29 de mayo de 2012 , "Dicho contrato se engloba dentro de los llamados **contratos de permuta financiera** o **swap** (en su denominación anglosajona), que, en líneas generales, son contratos por los cuales dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras pero de forma que el valor de lo intercambiado depende de un factor externo. En muchos casos, como ocurre en el supuesto de autos, tales intercambios están supeditados a tipos de interés, siendo comúnmente conocidos por las siglas IRS (Interest Rate Swap).

Atendiendo a los elementos esenciales de los IRS y sin perjuicio de las particularidades propias de las distintas modalidades de ellos que existen en el mercado, podemos señalar que se trata de un contrato atípico, bilateral, sinalagmático, aleatorio, de trato sucesivo y duración determinada, por el que dos sujetos (normalmente, cliente y entidad bancaria o financiera) se comprometen a intercambiar, durante un cierto periodo y al llegar la fecha o fechas de liquidación (se suelen pactar varias), el importe resultante de aplicar unos determinados tipos de interés, que funcionan como factores externos de referencia siendo distintos para cada una de las partes, sobre un importe nocional o teórico, llamado así porque no existe en realidad sino que solo sirve como referencia sobre la que calcular dichas cuotas."

La Sentencia de la Sección 15^a de esta misma Audiencia Provincial de fecha 26 de enero de 2012, por su parte, dice que "Este tipo contractual consiste en el intercambio de prestaciones dinerarias entre dos partes en función de las variaciones que experimente un índice variable de referencia (tipo de interés, en este caso el Euríbor), sobre una cantidad prefijada denominada nominal o importe nocional (cifra de referencia fijada por las partes que no es objeto de entrega por ninguna de ellas, y sobre la que se aplican las obligaciones de pago que surgen a su respectivo cargo), durante un periodo de tiempo establecido, dando lugar a un flujo de prestaciones en dinero efectivo, positivas o negativas para el cliente o para la entidad financiera, que se liquidan cada cierto tiempo, trimestralmente en este caso, estableciendo el convenio un tope o límite cuantitativo del índice de referencia, cuya variación, al alza o a la baja, dará lugar a una prestación dineraria a cargo del cliente o de la entidad financiera."".

Que se trata de un contrato complejo se infiere, incluso, de las propias palabras "extravagantes" empleadas en el mismo como Tipo de Interés "Collar", con "Barrera Knock-Out en el Cap" y "Barrera Knock-in en el Floor", que hace presumir que va dirigido a personas, físicas o jurídicas, con más que probado conocimiento del mercado financiero, y, a su vez, hace que tengan que venir precedidos de suficiente información sobre su contenido y los riesgos para el cliente asociados al mismo.

La complejidad, incluso, se deriva de las distintas obligaciones que surgen para





las partes, pues, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de enero de 2013 "la Ley Concursal y el Código Civil no definen lo que debe entenderse por "obligaciones recíprocas", limitándose este a mencionar las "prestaciones recíprocas" en el artículo 1120, las "obligaciones recíprocas" en el 1100 y el 1124 y la reciprocidad de intereses" en el 1289, lo que ha dado lugar a que con frecuencia se identifiquen las reciprocas con las que dimanan de contratos "onerosos", de los que derivan prestaciones a cargo de ambas partes.

"Jurisprudencia y doctrina vienen considerando que en dicho tipo de negocio existen elementos contractuales (tanto relativos a su funcionamiento como también al coste de su cancelación anticipada) que no resultan nada evidentes y que determinan que sólo puedan ser bien comprendidos y asumidos por quienes tengan amplios conocimientos financieros; o, por decirlo en términos de la SAP de León de 5 de marzo de 2012, "cuyo comportamiento y riesgos solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero, o en su caso, previa las oportunas y compresibles explicaciones, y después de hacerse por parte del banco las comprobaciones de que el cliente reúne las condiciones de idoneidad que se requieren normativamente para la contratación de dichos productos". (En parecidos términos, vgr. SAP de Salamanca de 2 de marzo de 2012, de Zaragoza de 19 de marzo de 2012, entre muchas otras)."

En consecuencia, el contrato celebrado entre las partes, debe ser calificado como complejo y en atención al momento de su celebración, 24 de julio de 2008 le resulta aplicable la Ley 24/1998 del Mercado de Valores con posterioridad a su modificación por Ley 47/2007 de 19 de diciembre.

El artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores establece la clasificación de los clientes entre profesionales y minoristas, precepto que resulta sumamente importante a efectos del presente procedimiento, a fin de diferenciar entre la condición de consumidora y cliente minorista de Dña. . Así es, se ha suscitado como cuestión controvertida que Dña. no tiene la condición de consumidora, sin embargo, a los efectos que en este pleito interesa, correspondiente a la aplicación de las obligaciones que la LMV impone a la entidad bancaria en el artículo 79 bis, debe acudirse a la clasificación del artículo 78 LMV: "1. A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios.

2. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

3. En particular tendrá la consideración de cliente profesional:

a) Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea.

Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras,





los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, los que operen habitualmente con materias primas y con derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales.

b) Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar.

c) Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;

2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;

3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.

d) Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a) tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros.

Quedarán incluidas en este apartado, en particular, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras.

Las entidades señaladas en los apartados anteriores se considerarán clientes profesionales sin perjuicio de que puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio.

e) Los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas.

La admisión de la solicitud y renuncia quedará condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos. Al llevar a cabo la citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos:

1.º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;

2.º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros;

3.º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

El Gobierno y, con su habilitación expresa, el Ministro de Economía y Hacienda o la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán determinar la forma de cálculo de las magnitudes señaladas en este apartado y fijar requisitos para los





procedimientos que las entidades establezcan para clasificar clientes.

4. Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales."

Ha quedado acreditado que Dña. concertó el contrato de permuta financiera para saldar los impuestos derivados de una herencia, que los bienes inmuebles se adquirieron para ser arrendados y que con anterioridad a la firma del contrato –concretamente desde el año 2000- la actora está dada de alta como empresaria individual siendo el objeto social de su negocio el arrendamiento de naves industriales, sobre cuyas hipotecas se constituyó el contrato de permuta financiera. Ahora bien, en el presente supuesto, el hecho de que Dña. lleve a cabo una actividad profesional, no impide que resulte aplicable el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, y ello porque la actora tiene la condición de cliente minorista. Efectivamente, pese a que concertó el contrato de permuta financiera sobre las naves industriales que heredó y que posteriormente fueron arrendadas, no concurren en ella las circunstancias para ser calificada como profesional según artículo 78 bis. En el apartado 78.bis.2 se recoge: "*Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.*"

En este concreto caso, no ha quedado acreditado que la actora tuviera experiencia, conocimientos y cualificación suficiente para concertar por sí misma el contrato objeto de autos o valorar los riesgos inherentes al productos adquirido. Por tanto, procederá aplicar lo previsto en los artículos 78 y 79 en relación al contrato de 24 de julio de 2008.

TERCERO.- Debe estudiarse a continuación si puede ser admitida la acción de nulidad pretendida por la actora.

Siguiendo al profesor Castán, en nuestro derecho existe nulidad contractual en los siguientes casos: "a. cuando al contrato le falta de hecho alguno de los elementos esenciales a su formación (artículo 1.261 del Código Civil), o sea: 1. Cuando hay defecto absoluto de consentimiento, como en el caso del acto que se ha llamado vacío o supuesto o el de que no llegara a formarse dicho consentimiento, por faltar la conformidad entre la oferta y la aceptación, 2. Defecto de concurrencia de dos o más voluntades distintas o autónomas, 3. Defecto de objeto, 4. Ausencia o ilicitud de la causa, e 5. Inobservancia de las formalidades prescritas, con carácter de requisito esencial (como en la hipoteca o en la donación de bienes inmuebles sin escritura pública); b. Cuando el contrato se ha celebrado en violación de una prescripción o prohibición legal, fundada sobre motivos de orden público –pactos sobre sucesión futura, sociedades universales, convenciones usurarias de la ley 23 de julio de 1908, o bien incumplimiento de normativa de consumidores y usuarias aplicable en nuestros tiempos."

En este caso, la parte actora, insta la nulidad del contrato de fecha 24 de julio de 2008 al entender que se han incumplido las previsiones de los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores, así como los artículos 60, 64 y 66 del Real





Decreto 217/2008. No puede ser admitida la pretendida nulidad, ya que no estamos ante un supuesto de acción contraria a normas imperativas o prohibitivas sino en todo caso ante un cumplimiento defectuoso de las obligaciones impuestas por la Ley en el momento de la contratación. Es decir, no se ha actuado contra una prohibición, pues constan los contratos firmados entre las partes y la información que se proporcionó al cliente, cuestión distinta es si la información fue adecuada al perfil de cliente y si las partes se encontraban en igualdad de condiciones a la hora de firmar el contrato, hecho que incide en la anulabilidad del contrato por vicio en el consentimiento, o bien, en la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Por lo que respecta a la posible nulidad del contrato de fecha 19 de diciembre de 2011 consta que Dña. . hubo de renunciar a cualquiera acción judicial derivada del contrato de permuta financiera. Es decir, tras negociar con la entidad bancaria sobre los efectos perjudiciales que el swap le estaba provocando en su patrimonio, en fecha 19 de diciembre de 2011 se renegociaron las hipotecas firmadas y Dña. . hubo de renunciar a las acciones judiciales que pudieren derivarse del contrato de permuta financiera.

Debe estudiarse a continuación la validez de la renuncia. Tal cuestión ha sido resuelta recientemente por el Tribunal Supremo en un supuesto idéntico al de autos, STS 12 de febrero de 2016: "1. Con relación al primer motivo debe de precisarse que la valoración de la renuncia de derechos no puede realizarse aisladamente sobre un determinado hecho o acto jurídico desligado de la relación jurídica de la que trae causa o razón. Su valoración, por tanto, debe partir de la interpretación sistemática de la relación obligacional examinada en su conjunto y no centrada, exclusivamente, en los antecedentes del propio documento de renuncia, tal y como hace la parte recurrente.

Sentada esta precisión, la desestimación del motivo queda evidenciada en la doctrina jurisprudencial que el propio recurrente trae a colación, particularmente de la cita de la STS de 28 de enero de 1995, en donde se destaca que: "[...] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos".

En el presente caso, y de acuerdo a la anterior precisión, no concurren los presupuestos exigibles para considerar que el citado documento contenga una auténtica y plena renuncia de derechos.

Así, en primer término, no se trata de una renuncia en sentido propio. La demandante se limita a firmar unos documentos pre-redactados por la entidad bancaria a tal efecto y llevada por la confianza en su gestor y en la creencia de solucionar el problema surgido. Documentos que fueron pre-redactados por la propia entidad bancaria a efectos de solucionar ante el Banco de España un expediente abierto ante las reclamaciones realizadas por la cliente acerca de la naturaleza y alcance del producto adquirido.

En segundo término, la renuncia tampoco es clara, contundente e inequívoca al respecto, tal y como exige la doctrina jurisprudencial de esta Sala. En efecto, de la mera lectura del documento de renuncia se desprende que la complejidad del producto ofertado, la determinación del riesgo derivado para el adquirente o el





coste de la cancelación anticipada del producto resultan inconcretos o no aclarados. Por lo que difícilmente puede concluirse que un cliente, con el perfil de la demandante, haya realizado con la suscripción de dicho documento una auténtica renuncia de derechos al comprender, con exactitud, el alcance de la contratación realizada. Cuando, precisamente, el error de consentimiento en dicha contratación está en la base de su reclamación a la entidad bancaria, pues contrató en la creencia de que se trataba de un "seguro" para proteger de las posibles subidas del euríbor."

En el caso de autos, no puede estimarse la validez de la renuncia habida cuenta que no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia, pues la renuncia no es pura sino que aparece en todo caso condicionada o precedida por la rebaja de los préstamos hipotecarios concertados. Se firma ante la desesperación para solucionar los problemas económicos derivados precisamente del contrato de permuta financiera, que la entidad financiera parece dar por solucionados con las operaciones sobre las hipotecas firmadas en la misma fecha pero que deja subsistente el problema real y efectivo de Dña.

., con el agravante de hacerla renunciar a las acciones que pudieren derivarse de tal negocio financiero. Tal es así que en el mismo documento se hace constar que en el punto IV del "exponen" del contrato se refiere: "que en atención a la situación actual de los mercados financieros y la evolución de los tipo de interés, el derivado financiero generó liquidaciones negativas, por lo que el Cliente solicitó al Banco que proceda nuevamente a informarle sobre el producto referenciado." Efectivamente, la raíz del problema de la actora se encontraba en el contrato de permuta financiera, sin embargo, lejos de resolver el verdadero problema de Dña. , la entidad financiera,

no negocia el Swap en escrito de renuncia sino que nuevamente renegocia las hipotecas dejando inalterado el swap e impone una cláusula de renuncia a las acciones derivadas del swap. Consecuentemente, aplicando el razonamiento del Tribunal Supremo en el que hace referencia a que debe valorarse la totalidad de la negociación, no puede admitirse el documento de renuncia.

Junto con ello, la información que se ofrece en el documento firmado sobre el swap no es satisfactoria para admitir la renuncia. Efectivamente, reitero la mención que al respecto hacer el Tribunal Supremo: "En segundo término, la renuncia tampoco es clara, contundente e inequívoca al respecto, tal y como exige la doctrina jurisprudencial de esta Sala. En efecto, de la mera lectura del documento de renuncia se desprende que la complejidad del producto ofertado, la determinación del riesgo derivado para el adquirente o el coste de la cancelación anticipada del producto resultan inconcretos o no aclarados". En el documento de autos, el banco se limita a recoger que Dña.

solicitó que se la volviera a informar sobre el producto contratado, y posteriormente que reconoce que las explicaciones ofrecidas por el Banco han satisfecho su necesidad de comprensión del producto sobre el que ya había sido informada. Ahora bien, no se recoge nuevamente el riesgo del producto o el coste de cancelación anticipada, no consta plasmada de forma expresa la información ofrecida.

Por todo lo expuesto, se llega a la conclusión que la renuncia efectuada por Dña. es nula y por tanto no produce efecto alguno.

El hecho de que Dña. no tenga la condición de consumidora, no es óbice para declarar la nulidad de la renuncia del contrato. Si bien, la parte demandada cuestiona que Dña. tenga la condición de





consumidora de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Real Decreto 1/2007, trayendo a colación nuevamente la doctrina enunciada, en que debe valorarse el negocio jurídico en su conjunto, debe considerarse nula la renuncia ya que a todos los efectos, Dña. es calificada como cliente minorista y en consecuencia se encuentra protegida por lo previsto en el artículo 79 bis, entendiendo que se trata de derechos irrenunciables. Efectivamente, en caso de que se trate de clientes minoristas no puede el banco permitir la renuncia a la información, por lo que debe expandirse tal efecto al documento firmado en que sin constar expresamente la información suministrada por el banco: coste de cancelación o funcionamiento del producto se la hace renunciar a cualquier derecho.

En segundo término, no puede considerarse confirmado el negocio jurídico por el hecho de que la actora haya venido cumpliendo durante los sucesivos años. La solución la ofrece el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente mencionada: *"Tal y como tiene declarado esta Sala, entre otras, en la sentencia de 15 de enero de 2012 (núm. 399/2012), con carácter general la doctrina de los actos propios ha sido reconocida por esta Sala, de forma reiterada, desde su jurisprudencia antigua. En la actualidad, esta doctrina se encuadra dentro de los límites del ejercicio del derecho derivados del principio de buena fe, encontrando su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundamentalmente se ha depositado en el comportamiento ajeno y la regla o principio citado de buena fe, que impone el deber de coherencia o vinculación con el comportamiento realizado y limita, por tanto, el ejercicio de los derechos subjetivos en sentido opuesto a la confianza suscitada o creada. Consecuentemente, para que se produzca dicha vinculación se requiere que los actos propios sean inequívocos y definitivos al respecto. En el presente caso, de acuerdo a los antecedentes examinados, no puede sustentarse que la demandante creara una expectativa razonable, para la entidad bancaria, que hubiera de generar para la misma la confianza en una actuación de coherencia posterior por parte de la demandante que descartara cualquier reclamación del producto adquirido. Por el contrario, desde que a la demandante se le comunica los nuevos importes a pagar, y toma conciencia de la gravedad del asunto, mantiene una clara y reiterada oposición a dichos pagos que le lleva a dirigir sus quejas ante diversos organismos, dejando claro sus desavenencias con la entidad bancaria acerca de la naturaleza del producto. Asimismo, en esta línea, y conforme a lo señalado en el motivo anterior, tampoco puede considerarse a estos efectos que el documento de renuncia de derechos constituya un acto inequívoco y definitivo que impida a la demandante reclamar lo que considera justo desde el mismo momento en que advirtió la distinta naturaleza y alcance del producto adquirido. Todo ello, como indica la parte recurrida, contando con la confianza depositada por la demandante en la entidad bancaria, que oferta y aconseja dicha contratación, y con el incumplimiento por la misma de los especiales deberes de información que le son a su cargo. Extremo que deslegitima su recurso a la doctrina de los actos propios que, precisamente, se encuadra en el principio de buena fe, tal y como se ha destacado."*

En el caso de autos, la renuncia tampoco pudo crear en la entidad bancaria una expectativa de cumplimiento por parte de la actora, fundamentalmente porque como se ha expuesto anteriormente, no resolvía el problema que Dña.





tenía. Efectivamente, en las dos ocasiones en que las partes negociaron, el banco ofreció únicamente modificar las hipotecas pero dejó inalterable el swap, siendo que ésta era la raíz del problema de Dña.

Por lo que respecta a la necesidad de que se deje sin efecto las novaciones de las hipotecas, tal petición no puede ser atendida. El efecto de la nulidad afecta únicamente a la renuncia de derechos que se firmó por Dña.

—documento número 29 de la demanda- donde en ningún momento se hace mención a la novación de las hipotecas. Con esta petición, la parte viene a corroborar el carácter condicional de la renuncia, por lo que refuerza su nulidad ya que la renuncia debe ser pura y simple. No obstante, al no contenerse en el documento de renuncia mención alguna a las novaciones hipotecarias no puede ser admitida la petición ya que se anula la renuncia en sí misma considerada.

En virtud de lo expuesto se declara la nulidad de la renuncia al ejercicio de acciones firmada por Dña. en fecha 19 de diciembre de 2011.

CUARTO.- Una vez declarada la nulidad del contrato de renuncia de fecha 19 de diciembre de 2011 debe analizarse si el contrato de permuta financiera firmado el día 24 de julio de 2008 es anulable.

En relación a esta cuestión, la parte demandada ha argumentado que la acción habría caducado ya que en el año 2010 la actora ya conocía los efectos perjudiciales del Swap. Debe traerse a colación la mención que hace el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 12 de enero de 2015: *“Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquélla», tal como establece el art. 3 del Código Civil (LA LEY 1/1889) . (...) La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la “consumación del contrato” como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitárla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la*





consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error». Esta doctrina se reitera en las más recientes sentencias de esta Sala de 7 de julio de 2015, rec. 1603/2013 y de 16 de septiembre de 2016, rec. 1879/13 disponiendo la primera de ellas que: «Conforme a esta doctrina, que ratificamos y deviene en jurisprudencia, en este caso el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no podía computarse, como entendió la Audiencia, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición del bono senior, el 21 de septiembre de 2005, sino desde que la demandante conoció la circunstancia sobre la que versa el error vicio que invoca como motivo de anulación. En este caso, esta circunstancia es que el bono había sido emitido por Lehman Brothers, y que como consecuencia de su quiebra, había perdido su inversión, salvo en lo que pudiera obtenerse del procedimiento de quiebra. Esta circunstancia fue conocida por la demandante después de septiembre de 2008, en que ocurrió la quiebra de Lehman Brothers, cuando recibió la comunicación de Bankinter. Como desde ese momento, hasta el de presentación de la demanda (6 de marzo de 2012), no había transcurrido el plazo de cuatro años, la acción no estaba caducada, como entendió el tribunal de apelación.»"

En el caso de autos, la parte demandada argumenta que la demandante se apercibió del error ya en el año 2010. Efectivamente, debe declararse la caducidad de la acción basada en el error de Dña. . No es cuestión controvertida que ya en el año 2010 se percibieron liquidaciones negativas, consta en la propia demanda que en el año 2010 las pérdidas que el Swap occasionó a la actora ascendieron a 189.894,73 euros, en consecuencia, desde este momento se pudo conocer, y concretamente se conoció, el funcionamiento del producto contratado y los efectos y riesgos que entrañaba. Así se desprende además de las novaciones celebradas con la entidad bancaria. En julio de 2010 y como consecuencia de las liquidaciones negativas del swap se produjo una primera novación de las hipotecas, por lo que debe llegarse a la conclusión de que ya en este momento, la actora conocía los efectos del producto cuya nulidad interesa.

Junto con lo expuesto, de la propia declaración de Dña. se desprende que con anterioridad a la firma del contrato de fecha 19 de noviembre de 2011 ya era consciente de los efectos perjudiciales del Swap, es decir, ya conocía el error en que había incurrido al contratar el Swap y que las liquidaciones negativas procedían del meritado contrato. Pese a ello, decidió renegociar las hipotecas frente a la voluntad obstativa de la entidad bancaria de cancelar o negociar el swap. Así pese a que no se atajó el problema del swap, la actora en 2010 ya era consciente de que las altas liquidaciones en las hipotecas procedían del swap, sin embargo, lejos de instar las correspondientes acciones judiciales se procedió a renegociar las hipotecas con la entidad bancaria a fin de obtener solvencia e ir cumpliendo con las obligaciones financieras.





Si bien en un planteamiento abstracto pudiere pensarse que la actora arrastró el error inicial en relación al funcionamiento del swap durante los sucesivos contratos de novación, lo cierto es que ya en 2010 conoció cuáles eran los efectos negativos del producto contratado y en lugar de instar la nulidad en vía judicial optó por renegociar las hipotecas y obtener una rebaja.

Pese a que en contrato de fecha 19 de diciembre de 2011 –documento 5 de la demanda- se hace constar que, *"en atención a la situación actual de los mercados financieros y la evolución de los tipos de interés, el derivado financiero generó liquidaciones negativas, por lo que el cliente solicitó al banco que proceda nuevamente a informarle sobre el producto referenciado."*, lo cierto es que no puede presumirse que el error surgiera en este momento, sino que siendo anterior, intentó paliarse mediante la negociación de 2011. Consta que como consecuencia de las liquidaciones negativas se vuelve a renegociar el swap, sin embargo, éstas venían aconteciendo desde julio de 2010, habiéndose interpuesto la demanda en marzo de 2015.

En la propia demanda –pag 26- se hace constar: *"ante la imposibilidad de poder pagar las cuotas de las respectivas hipotecas junto con las elevadas sumas que, como se dirá, se estaban girando por el referido SWAP, y precisamente como consecuencia del mismo, mi mandante se reunió con los responsables de la entidad demandada para formularles su queja y en aras a encontrar una solución de pago. De este modo, y ante la inminente y muy cuantiosa liquidación de una nueva cuota del swap, en fecha 22 de julio de 2010 se novaron las respectivas hipotecas..."* Nuevamente, entiendo que mediante estos dos párrafos la actora pone de manifiesto que ya en 2010 conocía los efectos perjudiciales del swap.

En virtud de lo expuesto es que debe declararse la caducidad de la acción de anulabilidad.

QUINTO.- Queda por resolver si puede estimarse la acción de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones que los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores imponía a la demandada.

En primer término debe analizarse la prosperabilidad de la acción desde un encaje puramente jurídico. Pese a que la demandada no opone nada al respecto, podría plantearse la viabilidad de la resolución contractual instada dado que se ejerce la acción de resolución en base al artículo 1.124 del Código Civil en relación al artículo 1.101 lo que podría situar el incumplimiento contractual en un momento posterior al instante mismo de la celebración del contrato. Es decir, podría argumentarse que no existe incumplimiento contractual ya que el defecto –la falta de información- se habría producido en una fase precontractual. No obstante, se reproduce la doctrina del Tribunal Supremo que en base a la normativa bancaria estima que la obligación de la entidad surge ex ante, es decir, con antelación suficiente al momento mismo de la firma del contrato, sentencia de 10 de septiembre de 2014: *"las demandadas infringieron la obligación de informar a los potenciales clientes al ofertarles el producto, con suficiente antelación respecto de la suscripción del contrato. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente « en el*





marco de las negociaciones con sus clientes ». El art. 5 del anexo del RD 629/1993 (LA LEY 1838/1993) , aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información « clara, correcta, precisa, suficiente » que debe suministrarse a la clientela sea « entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación ». « La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa. »

El Tribunal Supremo, en un supuesto de nulidad de acciones preferentes estimó la acción de resolución contractual y aplicó la prescripción quincenal al entender que la entidad bancaria había incumplido las obligaciones de asesoramiento que le correspondían respecto de su cliente. Se trae a colación el argumento empleado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao que fue confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014: « La sentencia de apelación, aunque inicialmente se refiere al momento en que debe comenzar a computarse el plazo de caducidad del art. 1301 CC (LA LEY 1/1889) , la razón por la que concluye que no ha prescrito la acción guarda relación con que la acción realmente ejercitada en la demanda no era de nulidad por vicio en el consentimiento sino de resolución del contrato por incumplimiento contractual, y esta acción no estaba sujeta al plazo de prescripción de 4 años del art. 1301 CC (LA LEY 1/1889) , sino al general de las acciones personales de 15 años, previsto en el art. 1964 CC (LA LEY 1/1889) . En cuanto al fondo del asunto, la audiencia apreció que había existido un defecto de información, que en este caso generó un incumplimiento contractual por parte de BNP, que invirtió el capital de la demandante en un producto que no encajaba con lo que ésta quería y había pedido. Este incumplimiento contractual justifica que la audiencia declare la resolución del contrato y la condena de BNP a devolver a la demandante 100.000 euros, más los intereses legales desde la sentencia de primera instancia. »

En este mismo sentido se pronuncia el alto tribunal en auto de fecha 24 de junio de 2015 al inadmitir un recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación formulados en el mismo procedimiento: « [I]a actuación de BES al proponer a sus clientes invertir en productos estructurados emitidos por Lehman Brothers o el banco Kaupfthing mediante la suscripción de seguros de vida "unit-linked", incumplió las exigencias derivadas de dicha normativa, al no informar adecuadamente sobre la naturaleza de los productos contratados y la naturaleza exacta de los riesgos asociados a tales productos. Como decíamos en la sentencia núm. 244/2013 , "este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida". Ello supone que deba confirmarse la sentencia de primera instancia también en cuanto a la condena de BES, que no lo ha sido con base en las





consecuencias restitutorias propias de la nulidad del contrato, sino con base en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios (la pérdida de la inversión realizada en su día) causados por el incumplimiento contractual, sin perjuicio de que, al coincidir con las consecuencias restitutorias de la nulidad, proceda la condena solidaria de ambas demandadas, que por otra parte actuaron coordinadamente, como integrantes de un mismo holding en el que una de ellas, BES, promovía entre sus clientes los productos de la otra, BES Vida.»

Siguiendo con la sentencia de pleno 244/2013 el Tribunal Supremo establece: « el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988) y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios .»

En relación al caso concreto. Ya se ha explicado ad supra que Dña.

tiene la condición de cliente minorista de conformidad con lo previsto en el artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores por lo que la entidad bancaria debió cumplir escrupulosamente el deber de información y adecuación del producto contratado al perfil de cliente.

Para ello debemos centrar las obligaciones de la entidad bancaria en relación a las características de cliente minorista de Dña. Rosa Raimunda: "Ley 47/2007 (LA LEY 12697/2007), de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988), tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la 2004/39/CE, la 2006/73/CE y la 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006 (LA LEY 8788/2006), de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado, en toda la Unión Europea, para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión. Esta incorporación de MiFID a nuestro Derecho supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de





instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina.

2.- Uno de los ámbitos en los que la reforma legal supuso mayores modificaciones fue en el de las normas de conducta contenidas en el Título VII de la LMV y en su desarrollo reglamentario. Desde un punto de vista material, la trasposición de la normativa MiFID conllevó, en general, un endurecimiento de las exigencias que deben cumplir las entidades que prestan servicios de inversión frente a sus clientes minoristas en cuanto a normas de conducta, tales como las obligaciones de conocer al cliente y de informarle, el registro de contratos o las obligaciones relativas a la gestión de órdenes y la política de mejor ejecución, si bien la norma permite conceder un nivel de protección y un trato distinto dependiendo de la categoría a la que cada cliente pertenezca.

Respecto del aspecto concreto de categorización del cliente, antes de la reforma las entidades tenían que ofrecer un trato homogéneo y cumplir las mismas normas de conducta respecto de todos sus clientes, independientemente del nivel de conocimientos o experiencia que tuvieran. Por el contrario, la Ley 47/2007 (LA LEY 12697/2007), introduciendo un nuevo art. 78 bis en la LMV, las obliga a clasificar al cliente en tres categorías: cliente minorista, cliente profesional y contraparte elegible, a los efectos de dispensarles distintos niveles de protección. El cliente minorista es la categoría residual, en la que hay que clasificar a quienes no puedan ser considerados clientes profesionales o contrapartes elegibles (o hayan pedido no ser tratados como tales). Al cliente minorista se le debe otorgar el mayor nivel de protección, estando obligada la entidad que le presta servicios de inversión a cumplir todas las normas de conducta. El cliente profesional es aquél al que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos; por tal motivo, se le puede otorgar un menor nivel de protección, en particular, respecto de la obligación de conocerlo o de facilitarle información. Tienen la consideración de clientes profesionales las entidades financieras y demás personas jurídicas que, para poder operar en los mercados financieros, hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea, los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, y los empresarios que cumplan ciertas condiciones en cuanto a volumen del activo, cifra anual de negocio o recursos propios, los inversores institucionales y aquellos otros que lo soliciten, renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas y satisfagan ciertos requisitos relacionados con su experiencia y conocimientos." Como ya se ha expuesto anteriormente y puede desprenderse del resumen que hace el Tribunal Supremo en el extracto que se reproduce, Dña. tiene la condición de cliente minorista, y en consecuencia, la entidad bancaria debió aplicar escrupulosamente las obligaciones de información que se contienen en la normativa MiFID.

Tales obligaciones son recopiladas por el Tribunal Supremo en sentencia 19 de mayo de 2016: "Así pues, cuando se concertó el contrato cuya nulidad se solicita, las «normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del art. 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho





interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (LA LEY 12697/2007), que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes LMV. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008 (LA LEY 1160/2008)), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que prestan estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañoso (apartado 2), sino que, además, las empresas que operan en estos mercados deben proporcionar a sus clientes «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008 (LA LEY 1160/2008) regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

En su apartado 2, establece con más concreción:

«En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- » a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- » b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- » c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- » d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

Establece el apartado 7 del art. 79 bis LMV que la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario





del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

Conforme al art. 79 bis. 6 LMV, el test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008 (LA LEY 1160/2008) que las entidades financieras: «deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- » a) *Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.*
- » b) *Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).*
- » c) *Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).*

Sumamente importante es la aseveración que a continuación hace el Tribunal Supremo sobre la obligación que incumbe a la entidad bancaria: "Hemos dicho en anteriores resoluciones que lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado, no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Banesto pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los costes de la cancelación anticipada."

En el caso de autos, queda acreditado que la entidad bancaria no informó adecuadamente a Dña. _____ de los perjuicios asociados a una bajada de interés ni de los costes de cancelación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 217 debe valorarse la prueba





Aquest document l'indrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen - Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por las personas que lo validen

Validat per Huesca Clemente, Marta;

Data i hora 21/06/2016 11:11

practicada en juicio. De la documental presentada se desprende que la demandada cumplió con la actora el test de idoneidad, sin embargo, debe concluirse que la información vertida por el cuestionario no se adecúa a las características y riesgos del producto contratado. Consta que el perfil de Dña.

es prudente por lo que los productos más idóneos son los de riesgo medio, mientras que el Swap es un producto de riesgo elevado, máxime si se tienen en cuenta las circunstancias del caso, concretamente el capital sobre el que fue concertado. El importante capital sobre el que fue constituido el swap, 5 millones de euros, incrementa el riesgo asociado a la operación. Junto con ello, del mismo documento se desprende que la principal finalidad de las inversiones de la actora se circunscribía a percibir rentas preservando capital, aceptando asumir únicamente riesgos bajos. En consecuencia, los riesgos de pérdida que el swap podía transmitir a la actora no pueden calificarse de bajos, queda acreditado que el importe total de pérdidas ha ascendido a más de 800.000 euros es decir casi un 20% del capital sobre el que se suscribió. En el resumen del cuestionario de idoneidad en relación al perfil de Dña.

se recoge: "...con una exposición al riesgo bajo." "en relación a su experiencia inversora, en el último año en Derivados no ha efectuado ninguna operación...", "en relación a sus conocimientos financieros, usted no posee suficiente información sobre Derivados, en IIC Gestión Libre desconoce los riesgos asociados a la inversión" para finalmente concluir que nunca ha trabajado en el sector financiero.

En consecuencia, el test de idoneidad se cumplió por la entidad bancaria como una mera formalidad, haciéndose caso omiso al resultado sobre el perfil inversor de Dña.

ya que consta que únicamente está dispuesta a asumir riesgos bajos no pudiendo calificarse los riesgos que se derivan del contrato swap como bajos atendiendo fundamentalmente al nocional sobre el que se constituyó.

De la prueba practicada en juicio se desprende, por las declaraciones prestadas por la actora y D. que el swap se vendió por el banco haciendo referencia únicamente a sus bondades, concretamente como "un seguro frente a las subidas de los tipos de interés" ahora bien, desde la perspectiva del cliente, ésta no es la información que debió ser transmitida, ya que no puede venderse como garantía frente a las subidas de interés cuando lleva aparejado graves consecuencias ante las bajadas de tipos. Dña. asegura que la

primera vez que pudo ver el contrato fue en Notaría, que se le presentaron una cantidad de papeles y que la directora de la oficina bancaria le dijo que era una cobertura frente a las subidas de los tipos de interés.

Sobre esta precisa cuestión, el momento en que se informó a Dña.

de los riesgos y características del swap, la directora de la entidad bancaria Sra. ha declarado que la entidad bancaria explicó el producto a la actora con anterioridad al día en que acudió a la Notaría. No obstante, en su declaración no responde de forma contundente. En el minuto 47.05 deduce que si el swap se firmó junto con la hipoteca debió ser porque previamente se explicó. A continuación afirma que se realizó una exposición con los posibles escenarios que podrían derivarse de la contratación del producto. No obstante, se responde con arreglo a elementos estereotipados sobre la forma de proceder de la entidad bancaria, lo que contrasta con las dudas que se le plantean en el caso concreto y la deducción que hace de que, "si se firmó la hipoteca con el swap debió ser porque previamente se había explicado".





Sumamente importante es la manifestación que Dña. hace relativa a que la iniciativa de la contratación del swap procedió de la entidad bancaria, máxime si se tiene en cuenta el perfil inversor de la actora resultante del test de idoneidad, quien no estaba dispuesta más que a asumir riesgos bajos, lo que lleva a concluir que el producto no se adecuaba a las circunstancias de Dña.

Incide la directora de la entidad bancaria que se presentó como una alternativa a la subida de los tipos de interés; en el minuto 51.00 de la grabación vuelve a aflorar en palabras de la Sra. , la bondad que tenía el producto, así nuevamente reitera que se consideró adecuado para proteger a la clienta frente a las subidas de interés. Ahora bien, cuando se le pregunta qué le explicación al cliente, en concreto, si se le proporcionó a la actora información frente a un escenario de bajada de los tipos de interés, responde que ella no realizó personalmente la presentación del producto. Sobre este extremo, pese a que en la Audiencia Previa se denegó como prueba la citación de todos los testigos propuestos por la entidad bancaria, no puede servir de base a una impugnación de la prueba practicada y admitida, o bien de la denegada. Así es, la entidad bancaria, debió conocer, es más tiene que conocer, qué empleados suyos proporcionaron la información a Dña. sin poder instar prueba de forma aleatoria. No resulta aceptable que los dos testigos admitidos manifestaren en el acto de la vista que no intervinieron directamente en las explicaciones dadas a los clientes sobre los swaps cuando consta que estuvieron presentes en todas las negociaciones, incluso en el momento de la firma del contrato.

La testigo evade la pregunta relativa a si el swap pudo comercializarse como un contrato de seguro, así en el minuto 52.09 responde que "no recuerda". Es de destacar la respuesta que ofrece la directora de la entidad bancaria en el minuto 52.33, donde manifiesta que: "*se trataba de que si los tipos de interés subían ellos se vieran cubiertos, lo que pasa... es que... en lugar de subir..., los tipos de interés han bajado...*" En consecuencia, vuelve a desprenderse que en el momento de la contratación se incidió en que se trataba de una cobertura frente a las subidas de los tipos, cuando el contrato dista mucho de tal realidad, al efecto se debe traer a colación las características del producto en cuestión: "*si el Euribor se situaba por debajo del 6.10% el cliente pagaba un tipo fijo del 5.03% y por lo que mientras el Euribor se situara entre la franja del 5,03% y del 6.10% el cliente cobraría la diferencia y si el tipo Euribor se situaba por debajo del 5,03%, pagaría la diferencia. Por otro lado, si Euribor se situara por encima del 6.10% la Sra. cobraba un 0,15%*". Consta el desequilibrio entre las partes frente al producto contratado, así pues, la entidad bancaria únicamente cubre una subida de hasta el 6.10% es decir de 1.70% más el 0.15% de bonificación; mientras que la actora asume un riesgo donde no existe barrera desactivante. Por tanto, el producto no podía ajustarse a las circunstancias de esta clienta en concreto ya que únicamente estaba dispuesta a asumir un riesgo medio, no el que se desprende del presente contrato.

En el minuto 52.47 se le vuelve a preguntar a Dña. si se le explicó a la actora el funcionamiento del producto tal y como ha sido transcrita ad supra a lo que responde "*que sí, que siempre lo hacen.*", respuesta que entra en contradicción con la anterior en que manifestó que ella no acudió a la exposición sobre los swaps. En el minuto 53.42 reconoce que ella personalmente no explicó el funcionamiento del swap pero cree que lo explicó otra persona, tampoco recuerda haber explicado los costes de cancelación del swap. Ello a su vez contrasta con el hecho de que la testigo sí que haya afirmado que ella misma les





ofreció el producto como medida para frenar la subida de los tipos de interés. Así pues no logra comprenderse que actuando la directora como comercial de la entidad bancaria y como gestora de la familia , ofrezca las bondades del producto y omita los perjuicios, entendiendo que en este caso debieron ser los compañeros de otra sección los que explicaran el funcionamiento del mismo. Puede concluirse que el asesoramiento incumple la normativa bancaria, ya que no puede ofrecerse un producto haciendo referencia a sus ventajas y dejar en un plano secundario, o “a explicación por otros compañeros” los riesgos derivados del producto. Efectivamente, entiendo que quien oferta en primer término el producto ya debe explicar de antemano cuáles son los pros y los contras del objeto que se propone contratar y todo ello siguiendo el imperativo legal que contiene el artículo 79 LMV.

En virtud de todo lo expuesto debe concluirse que la entidad bancaria incumplió las obligaciones que le incumbían en relación con el cliente, concretamente el deber de información de los riesgos asociados a la operación, así como la posible y probable evolución de los tipos de interés en el futuro. Junto con ello, resulta relevante apuntar que el producto contratado tampoco se adecuaba al perfil inversor de Dña. , que se comercializó como un seguro frente a las subidas de interés pero no existe constancia de que se explicara con detalle el escenario que se podía plantear ante una bajada de los tipos o una cancelación anticipada.

Finalmente, el banco contaba con una información en el momento de la contratación que no fue proporcionada al cliente, las curvas de evolución de los tipos de interés en el futuro. Los dos empleados de la entidad bancaria han depuesto que el contrato swap es elaborado por el departamento de tesorería, quienes tienen acceso a las curvas de evolución de los tipos de interés. En consecuencia, en el momento de la contratación, la entidad bancaria, incumpliendo las obligaciones que le incumbían, omitió tal información al cliente pues no se adjuntan las previsiones de evolución de los tipos de interés. Este es un elemento fundamental del pleito, así no tanto si el cliente conoció o debió conocer el producto, sino que la entidad bancaria pudo saber anticipadamente la evolución que iban a tener los tipos de interés y a partir de ahí hacer un producto a su medida, omitiendo tal información al cliente. No se desconoce que el contrato firmado es aleatorio para ambas partes contratantes pero tampoco puede obviarse que los dos empleados de la entidad bancaria han reconocido que el contrato se elabora conforme a las curvas de previsión de tipos de interés, información que no fue incorporada al contrato y por ende facilitada al cliente.

La demandada asegura que pese a que pueda entenderse incumplida la normativa bancaria por Banco Sabadell, ello únicamente puede tener una incidencia en el ámbito administrativo pero no a efectos de la contratación del producto. La oposición no puede ser admitida cuando tales obligaciones inciden en la contratación de un producto que produce efectos para las partes contratantes y que en el momento de la firma del contrato debieron haberse cumplido por la entidad bancaria. El Tribunal Supremo en sentencia de Pleno 240/2013 de 17 de abril concluye que: “a esta Sala no le corresponde pronunciarse sobre las autoridades supervisoras y las agencias de calificación [...] pero sí sobre la responsabilidad de la hoy recurrente frente al demandante por haber mantenido una inversión contraria a su perfil conservador, plasmado en el contrato, y sin facilitarle la más mínima información sobre el riesgo del





fondo en cuestión como le exigían todas las normas citadas en la sentencia recurrida..."

Por todo lo expuesto debe declararse la resolución del contrato habida cuenta que el incumplimiento en que incurrió la demandada relativa a la omisión de información al cliente, o falta de precisión de los riesgos del producto y del coste de cancelación, son elementos esenciales del contrato. Así es, tratándose de contratos bancarios complejos, la información que el banco debe suministrar al cliente con anterioridad a la firma del contrato constituye un elemento esencial del negocio jurídico que se va a celebra ya que únicamente de esta forma se centra el objeto del negocio jurídico. Al no proporcionar una información completa, el banco incumple las obligaciones que tiene impuestas por imperativo legal y ello incide en las características esenciales del negocio, concretamente en su objeto. En el caso de autos, ha quedado acreditado que no existió una información clara y contundente sobre el escenario en que se vería inmersa Dña.

ante una bajada de intereses. Tal omisión afecta a un elemento esencial del contrato, máxime si se tiene en cuenta el desequilibrio que la partes tenían en relación a los tipos de interés –la existencia de una barrera desactivante a favor de la entidad bancaria que se situaba únicamente por encima del 1.07%; la falta de barrera desactivante a favor del cliente; y el riesgo de que ante una bajada de tipos el cliente respondiera en un 5.03% mientras que ante una subida de los tipos el banco respondía únicamente con un 1.07% y una bonificación del 0.15%-.

En virtud de lo expuesto, se declara la resolución del contrato al valorar que el incumplimiento de las obligaciones por parte de Banco Sabadell incide sobre un elemento esencial del contrato.

SEXTO.- Por aplicación de lo previsto en el artículo 1.124 del Código Civil y en relación al artículo 1.101 del mismo texto, en virtud de la resolución contractual que ha sido estimada las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones percibidas con el interés legal desde la correspondiente fecha.

A efectos de liquidación en ejecución de sentencia, la entidad bancaria deberá devolver a Dña. las liquidación percibidas por el swap que en el momento de interponer la demanda se situaban en 848.093,67 euros más el interés legal desde la fecha de percepción de cada una de estas cantidades mientras que Dña.

deberá reingresar a Banco Sabadell las cantidades percibidas que en el momento de interponer la demanda se situaban en 18.990,47 euros más el interés legal del dinero desde la fecha de percepción de la respectiva cantidad.

SÉPTIMO.- Por aplicación de lo previsto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse estimado la totalidad de las pretensiones procede imponer las costas al demandado.

FALLO

Debiendo estimar y estimando la demanda presentada por el





Procurador de los Tribunales D. Francisco Toll Musteros en nombre y representación de Dña. S.A.

Debiendo declarar y declarando la nulidad de la renuncia efectuada por la actora en fecha 19 de diciembre de 2011.

Debiendo declarar y declarando la resolución contractual del contrato de permuta financiera celebrado entre las partes en fecha 24 de julio de 2008 debiendo restituirse éstas sus respectivas prestaciones más el interés legal del dinero desde las fechas en que fueron percibidas las meritadas cantidades.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, así como que es susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, en el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de la misma, previo depósito de 50 euros.

Líbrese certificación de la presente sentencia para su unión a autos, con incorporación de la original en el Libro de Sentencias.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido firmada, leída y publicada por el Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública el día Doy fe.

