

## **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE VALENCIA**

N.I.G.:46250-42-2-2010-0013001

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000365/2010-B

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. CORRECHER PARDO, ROSA MARIA

Contra: D/ña. BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA BANESTO

Procurador/a Sr/a. DIAZ MARCO, CARLOS FRANCISCO

### **S E N T E N C I A n° 240/10**

PROCEDIMIENTO ORDINARIO.

JUEZ QUE LA DICTA: JUAN CARLOS MOMPO CASTAÑEDA.

Lugar: VALENCIA.

Fecha: ocho de octubre de dos mil diez.

Demandante: [REDACTED].

Abogado: LUCAS DIAZ-TOLEDO, GONZALO.

Procurador: CORRECHER PARDO, ROSA MARIA.

Demandado: BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA BANESTO.

Abogado: CLIMENT SERENA, ANGEL RAFAEL.

Procurador: DIAZ MARCO, CARLOS FRANCISCO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que por la referida parte actora se dedujo demanda origen de los presentes actos, contra los expresados demandados en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: A) se declare a nulidad del contrato sobre operaciones financieras suscrito el 23 de julio del 2008 entre demandante y demandada; B) Se condene y a la entidad demandada apagar la cantidad de DIEZ MIL QUINIENTOS DOS EUROS CON NOVENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EUROS (10.502'92 €) más intereses legales de dicha cantidad desde que fueron indebidamente cobradas C) Se condene al abono de las cantidades que se sigan devengado y que en su caso sean pagadas o caso de no constar pagadas a la anulación de las liquidaciones que se sigan emitiendo al tratarse de prestaciones de vencimiento periodico; y ello con imposición de costas

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite se dio traslado a la entidad demandada que contestó oponiéndose a la misma, por lo que a continuación se convocó a la audiencia previa donde se recibió el pleito a prueba y a continuación se convocó a juicio que se celebró el día 4 de octubre del 2010 donde una vez practicada la prueba y emitido informe quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora demanda de juicio ordinario sobre nulidad de contrato financiero en base a los siguientes hechos: 1º. Que es una pequeña empresa cuya actividad principal es la fabricación de báculos para luminarias, farolas y mobiliario urbano que suscribió con la entidad BANESTO entidad nº 3205 sita en Buñol por recomendaciones de su Director el 23 de julio del 2008 un contrato sobre operaciones financieras que se aporta como documento nº 6 de cuya lectura se desprende la dificultad de su clausulado destacando que no se establece facultad para el cliente de cancelar anticipadamente las operaciones contratadas y ello pese a que entre las bonanzas del producto que los empleados destacaron estaba la de resolver el contrato sin coste alguno en cualquier momento lo que ha resultado falso; 2º. En la estipulación segunda se establece el modo de calculo de la cantidad a pagar en casos de vencimiento anticipo haciendo referencia a una serie de criterios de valoración relacionadas con el valor de mercado, si especificar el modo en que dicho valor de mercado podría calcularse; 3º. Asimismo en la estipulación cuarta de las condiciones generales relativa a los riesgos de la operación se impone una manifestación de voluntad de difícil comprensión dado que nunca se explico adecuadamente, existiendo en las condiciones particulares una cláusula similar; 4º. Con estas cláusulas no se cumplen las obligaciones en cuanto a información y transparencia en la contratación bancaria que exige la normativa española máxime teniendo en cuenta la consideración de minorista del demandante si bien no consta siquiera se hubiera efectuado test alguno para clasificar al cliente; 5º. Ni en las condiciones generales ni en las particulares se explica de manera detallada en que consiste el objeto del contrato ni su finalidad resultando ser una información necesaria par la formación de la voluntad contractual; 6º. En aplicación de los contratos suscritos la entidad comenzó a emitir liquidaciones cargando en la cuenta del demandante sus importes comprobando que a partir de la tercera liquidación se genera un saldo deudor de 4.447'63 €; 6º. Este tipo de producto financiero ha sido catalogado por el Banco de España como de alto riesgo sin que el demandante conociera el verdadero significado del mismo y que exigen que la información facilitada por la entidad bancaria sea clara precisa correcta y suficiente invocando a continuación la normativa aplicable como el Real Decreto 217/2008, o el artículo 78bis de la Ley 24/1988 del mercado de Valores considerando que ha incumplido la exigencia de que la información sea suficiente y comprensible (art. 60 1 c, del Decreto 217/2008) por lo que end efinitiva considear que el contrato es nulo de pleno derecho por incumplir la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación puesto que el consentimiento se presto con error por ello solicita se delare la nulidad del producto financiero y se reintegro las prestaciones cobradas por la cantidad de 10.502'92 € dejando sin efecto las liquidaciones confirmadas y no abonadas por 14.294'59 € o las que se sigan devengando

La representación de la parte demandada se opuso negando lo manifestado de contrario pues: 1º la demandante es una mercantil con importante volumen de facturación y adecuada estructura organizativa para desarrollar su objeto social constando en la cláusula cuarta que la actora reconoce expresamente que tiene la capacidad de evaluar y entender los términos condiciones y riesgos de la operación; se trata de un contrato sobre operaciones financieras que aparece perfectamente indicado en la primera hoja fijándose en las condiciones particulares las pactadas contractualmente por ambas partes contratantes y advirtiendo expresamente de los riesgos de la operación según los posicionamientos del cliente; 2º Se trata de un contrato aleatorio regulado en el Código Civil y de fácil comprensión de modo que si el euribor a tres meses es inferior al 4'25 % el cliente deberá pagar la diferencia entre el 4'60% y el euribor a tres meses en cuyo caso las liquidaciones resultarán favorables a BANESTO mientras que si el euribor es inferior al 5'55 % y superior al 5 % del Banco deberá pagar la diferencia entre el euribor a 3 meses y el 5% en cuyo caso las liquidaciones resultaran favorables al cliente, siendo este tipo de producto una cobertura del riesgo derivado de las fluctuaciones del tipo de interés; 3º. La actora era conocedora del funcionamiento de las permutas financieras y riesgos inherentes a ellas pues con anterioridad a la formalización del contrato ya había formalizado otro contrato de permuta financiera el 16 de mayo del 2007 siendo contratos de tracto sucesivo, y ██████████ formalizo esa primera operación a través de una orden de contratación que dirige a BANESTO formalizándose posteriormente el contrato; 4º. En todo caso la pérdida del clientes es relativa pues no hay que olvidar que las cantidades pagadas por mor del contrato de permuta financiera se compensan con las menores cantidades pagadas derivadas de sus operaciones bancarias por lo que confunde la sorpresa de las liquidaciones resultantes con la existencia de consecuencias derivada se su propia actuación y si no se recogió el test de conveniencia es porque en mayo del 2007 cuando no era obligatorio ya había contratado ese producto financiero.

SEGUNDO.- Comenzar por exponer en que consiste este contrato de permuta financiera también denominado SWAP, citando para ello **la sentencia de la AP, Asturias sección 5 del 27 de Enero del 2010 ( ROJ: SAP O 1/2010)** que señala:

Nos hallamos ante el conocido en la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap).

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian

obligaciones recíprocas.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

En cuanto a la normativa aplicable habrá que tener en cuenta que en materia de contratos financieros esta la Ley de 24/1988 de 28 de Julio, de Mercado de Valores , modificada por la Ley 47/2007 de 19 de Diciembre; pudiéndose tener a la vista también el RD. 217/2008, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. Según el art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores , las empresas que presten servicios de inversión, clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas, teniendo la consideración de profesionales aquellos a quienes se presume experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. También el art. 79 de la misma Ley prevé que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y en particular, observando las normas establecidas en tal ley y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Y el art. 79 bis de la misma Ley exige a las entidades que presenten servicios de inversión el mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes, debiendo ser la información imparcial, clara y no engañosa, proporcionando información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta etc. El art. 79 ter dispone que será obligatorio que consten por escrito los contratos celebrados con clientes minoristas. Para la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversiones a dichos clientes,

bastará la constancia escrita o fehaciente de la recomendación personalizada. En relación con estos preceptos la regulación del Código Civil relativa al consentimiento y al error prevista en artículos 1265 y 1266 CC en relación con 1303 del mismo texto legal.

TERCERO.- A continuación analizar la prueba practicada consistente en los documentos obrantes en autos y la declaración de testigos y parte actora en el acto del juicio. La del legal representante de la demandante resulto irrelevante ya que aunque firmo el contrato no intervino en su negociación ya que dichos temas los lleva su padre verdadero administrador de hecho de la demandante. En el acto del juicio declaró D. RAFAEL FERRUS IRANZO Director de la Sucursal donde se suscribió el contrato quien contesto que se le explico el producto, que se efectuó una presentación en la que se le indicaron los riesgos, que acudió un gerente de empresas que efectuó la explicación, que hicieron previas reuniones con un contable y el Sr. [REDACTED] donde se le informo. Asimismo declaró como testigo JULIO CESAR GIL GUERRERO también en nombre de BANESTO contesto que visitaron la empresa y que tendría unas dos reuniones antes de la firma del contrato, que les facilitaron una presentación donde se les explicaba la tipología de la operación aunque no se firma un "recibi" del folleto, y se le explico también formalmente, que la normativa MIFID no estaba en vigor cuando firmaron el contrato del 2007 que en aquellas fechas no era necesario el test de idoneidad y que en el 2008 ya no intervino y que el cliente estaba clasificado como MINORISTA pero entendía lo que se le decía. Por último declaró como testigo JOAQUIN NAVARRO CAMPOS que también intervino en nombre de BANESTO en una permuta de 23 de julio del 2008 contestando que se reunió con el Sr. [REDACTED] y un asesor financiero que le pareció cualificado , que comprendía el producto, que se le explico con un folleto informativo que era amplio y que cree que se sigue utilizando si bien no recuerda si contemplaba como ejemplo o simulación un supuesto de bajada de interés al 1% y luego facilito el contrato, no recordaba si estaba en vigor la normativa M.I.F.I.D, que ya tenía firmada una antes y sabía lo que tenía que firmar, que entiende que se trata de una empresa con un cierto volumen y su clasificación de MINORISTA no impide ofrecerle el producto, al que califico finalmente como un producto complejo.

Frente a estas declaraciones el SR. [REDACTED] que en realidad es quien negociaba los contratos y verdadero administrador de la empresa, según sus palabras "quien corta el bacalao" negó que se le hubiera informado de los riesgos del producto, que creía que estaba

firmando un contrato por si subía el interés que le garantizara el préstamo que tenía con Banco Popular, que firmaba su hijo porque se lo indicaba él, y que no tenía ni ha tenido nunca un asesor financiero sino un contable, que no se acuerda del primer contrato y del segundo que se le explico que era para garantizar las subidas de interés y que al mismo tiempo le concedieron otro préstamo por 30.000 € que necesitaba pero que no le explicaron en que consistía en realidad el contrato.

Analizando algunas cláusulas del contrato se desprende su complejidad. Así por ejemplo la cláusula segunda relativa al vencimiento anticipado después de señalar que el plazo pactado tendrá carácter esencial por lo que no podrá prorrogarse a su vencimiento ni cancelarse anticipadamente salvo mención expresa en contrario en las condiciones particulares para más adelante al efectuar el calculo de la cantidad a pagar en esos casos de vencimiento anticipado dice que "será la que resulte de sumar cualquier cantidad que se encuentre vencida en impagada por razón de la operación a la fecha de vencimiento y la cantidad que determine el Banco de acuerdo con los recios de mercado existentes en ese momento para una operación hipotética con las mismas condiciones económicas y de pago que la operación y pro un plazo equivalente al que medie entre las fechas de vencimiento anticipado y del vencimiento pactado inicialmente para la operación".

Asimismo y pese a tratarse de un contrato de adhesión redactado unilateralmente por la entidad bancaria recoge en la estipulación cuarta que "cada parte manifiesta en este acto a la otra que al día de la fecha existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y de hecho se han entendido los términos, condiciones y riesgos de esta operación" y más adelante que "el cliente manifiesta expresamente que la operación a que se refiere el contrato se adecua fiel e integramente a la experiencia inversora y financiera, es decir atribuye una manifestación de voluntad al demandante sin que conste debidamente acreditado que se explico al cliente todos los riesgos de esta operación, máxime cuando quien firmo el contrato en ningún momento negocio con el Director de la Sucursal u otros empleados de Banesto y por otra parte se recoge que la operación se adecua a su experiencia inversora y financiera cuando ninguna prueba hay en autos de dicha experiencia ni la entidad bancaria ha practicado prueba alguna para acreditar en que consistía esa experiencia inversora y financiera. Asimismo la complejidad de las cláusulas se comprueba al referirse al calculo de los importes variables en el que hay un cuadro donde se distingue un "tipo cap" aplicable, un tipo floor aplicable y una barrera floor aplicable, aclarando que el tipo variable I consiste en la diferencia entre el tipo floor aplicable y la referencia del tipo variable I si dicha diferencia es inferior a la barrera de entrada del tipo floor aplicable. Asimismo en las condiciones particulares se establece que el importe Variable II es el que paga el banco siendo que este tipo variable II consiste en la diferencia entre la referencia del tipo variable II y el tipo Cap aplicable, referencia que es inferior a la barrera de salida del tipo Cap

Aplicable y superior al Aplicable

Como se ha indicado anteriormente se trata de un contrato de adhesión y además debe ser considerado como complejo dado el tenor literal de algunas de sus cláusulas por lo que no hay que olvidar que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalezca la interpretación ha de ser en contra de quien la ha redactado. Asimismo habrá que recordar que a la hora de valorar la prueba testifical conviene recordar que valoración de la prueba testifical debe ser con arreglo a las reglas de la sana crítica según dispone el artículo 376 de la LEC. A propósito de este artículo cabe citar **la sentencia de la AP, Valencia sección 6 del 21 de Mayo del 2009 ( ROJ: SAP V 2681/2009)**:

este tribunal ha fijado respecto a la credibilidad de los testigos, así en sentencia dictada en el rollo de apelación 05-0599, en fecha de 15-11-05

"Conforme dispone la LEC en su Artículo 376 "Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado". Por ello, al apreciar la credibilidad de los testigos, debe tenerse en cuenta:

-Su independencia, que se acredita no sólo por no hallarse afectados por las generales de la ley, sino también por no tener escrúpulo alguno en ignorar o negar preguntas que, aún siendo favorables a la parte que le hubiera propuesto, no respondieran a la verdad o fueran desconocidas por el testigo.

-Su razón de ciencia. Aunque no ha de confundirse la razón de ciencia -que es el porqué se conoce lo que se afirma (haber presenciado el hecho, haber oído contar, haber visto documentos relativos a él, etcétera)- con la ubicación desde la que el testigo presencial adquiere el conocimiento de ese hecho. Sin embargo, es cierto que, tratándose de accidentes de tráfico, esta ubicación puede afectar a la mayor o menor imparcialidad del testigo y, por tanto, a su credibilidad, en la medida en que si no viajaba en ninguno de los vehículos implicados es presumible una mayor independencia, y si era pasajero de alguno de ellos podría pensarse que sus simpatías están de parte del conductor del coche que ocupaba, aún sin hallarse comprendido por las generales de la Ley.

-La coherencia, claridad y rotundidad de sus respuestas.

-Que el mero hecho de que se trate de familiares, amigos, compañeros o conocidos de las partes no elimina, sin más, su

capacidad probatoria; cierto que deben extremarse las cautelas al valorar este tipo de testigos, pero cuando son los únicos de que dispone la parte, cuando no son tachados por la contraria, cuando ésta trata de matizar su declaración mediante su interrogatorio, y cuando la prueba se practica con el más escrupuloso respeto al principio de contradicción, no resulta razonable negar por principio credibilidad a esas declaraciones testificales, porque ello sería tanto como condenar de antemano a la parte, en cuanto que se le privaría de la única prueba posible para advenir su versión de los hechos.

-El resultado del resto de las pruebas.

-Las reglas de la sana crítica, que deben ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana.

-No está sujeta a reglas legales de valoración.

En el presente caso los testigos propuesto por la demandada tener en cuenta que son empleados suyos, carecen de independencia debida ya que una declaración señalando que no informaron debidamente sería atribuirles a ellos la responsabilidad ya que a ellos incumbía haberse asegurado de que el cliente recibía toda la información que exige la normativa vigente, debiendo presumirles interes y parcialidad en sus contestaciones. Valorando conjuntamente la prueba testifical y documental obrante en autos concluyo en considerar que la entidad demandada no ha practicado prueba suficiente para demostrar que dio al demandante la información necesaria y a la que venía obligado respecto a los riesgos del producto que había contratado. La declaración testifical resulta insuficiente. Los testigos hacen referencia a que se les hizo una presentación donde se les entrego un folleto sin embargo ninguna prueba objetiva hay que acredite la existencia del folleto ni su entrega. Se trata de un documento en todo caso elaborado por BANESTO del que tenía que tener copias y haber aportado al proceso sin embargo no se apporto a autos, incumpliendo en este sentido la carga probatoria que le incumbía, pues no hay que olvidar el principio de facilidad y disonibilidad probatoria que el propio artículo 217 de la LEC recoge, documento que según el testigo Sr. Navarro cree que aún se utiliza para presentar el producto. En cuanto a las consecuencias de considerar incumplido el deber de información cabe citar la **Sentencia AP, Asturias sección 5 del 23 de Julio del 2010 ( ROJ: SAP O 1787/2010)** que recientemente a resuelto un supuesto similar al presente y por ello se reproduce a continuación su contenido, dada la practica identidad que el supuesto obrante en autos. Así en el fundamento de derecho primero recoge unos hechos practicamente identicos a los presentes.

*"PRIMERO.- Don Oscar y Don Rosendo , por su parte y a título particular, y de otro lado, el segundo de los citados, en cuanto representante de la mercantil Excavaciones Quintela, S.L., suscribieron, cada uno, con el Banco Sabadell contratos marco de operaciones financieras y, dentro de los mismos, de confirmación de operación SWAP de permuta de tipos de interés en el que los dichos clientes se sometían a un tipo referencial fijo mientras que la entidad bancaria lo hacía al variable del Euribor. Con motivo de dicha contratación el Señor Oscar fue sometido al examen previsto en el nº 6 del art. 79 bis de la L.M.V. (24/1.988 de 28 de julio ), pero no así los otros dos contratantes. El examen del Señor Oscar arrojó el resultado de su condición de cliente minorista y el producto (el contrato de permuta de interés) de complejo y la misma calificación recibió tanto el producto como el contratante en el caso de los otros dos citados, el Señor Rosendo y la entidad mercantil. Aun así, el Señor Oscar suscribió un documento en el que afirma conocer que el riesgo del producto es superior al que resulta de su perfil conforme al dicho test y el Señor Rosendo , a título propio y en representación de la mercantil citada, sendos documentos afirmando solicitar por iniciativa propia la contratación del contrato de permuta y su deseo de no realizar el test al que fue sometido el otro contratante.*

*Según declaraciones de Doña Elvira , directora de la sucursal del Banco Sabadell en Vegadeo, del que eran clientes los tres citados, fue ella (y esto no se discute) quien, por iniciativa propia, se puso en contacto con el Señor Oscar y Excavaciones Quintela, S.L. para darles cuenta y ofrecerles un "producto" de su banco de "cobertura de tipos de interés", puntualizando que las conversaciones mantenidas con el Señor Rosendo lo fueron sólo en razón a su condición de administrador de la dicha mercantil y no como persona particular.*

*La idea era, según pormenorizadamente y con claridad explicó la dicha testigo, que conociendo que los citados habían suscrito operaciones financieras de riesgo (con su banco u otros), sometidas al pacto de un interés variable, ofrecerles el dicho "producto" que les cubriría frente a la posibilidad de una subida de los tipos de interés, es decir y en suma, minimizar el coste financiero de las operaciones por ellos suscritas y vigentes mediante la suscripción de un contrato de permuta de tipos de interés en que el banco asumiría el variable mientras ellos se sometían a uno fijo, de forma que sus resultados compensatorios, de ser favorables al cliente bancario, efectivamente minorarían el coste financiero de las operaciones en curso suscritas por los dichos clientes con pacto de interés*

*variable.*

*Según, también, relató la dicha testigo explicó suficiente y comprensiblemente a sus clientes, recurriendo a ejemplos aritméticos, el juego o mecanismo compensatorio de la permuta de intereses, suscribiendo los interesados los contratos referidos.*

*Ocurrió, sin embargo, que al poco de la suscripción de los contratos de permuta el EURIBOR sufrió un descenso acusado con la consecuencia de que en las operaciones compensatorias resultó un saldo negativo para los identificados clientes bancarios y por eso y ante esa evidencia que los dichos contratantes promueven este proceso interesando la nulidad de los contratos por error en el consentimiento prestado, que atribuyen a una defectuosa e insuficiente información precontractual por la entidad bancaria sobre el efectivo alcance del riesgo de la operación financiera suscrita y de las normas de conducta de diligencia, transparencia o información adecuada contempladas en el capítulo I del título VII de la L.M.V . citada.*

*El demandado, la entidad bancaria, contestó defendiendo la eficacia del negocio, la suficiencia de la información precontractual dispensada procediendo los actores a la suscripción del contrato por propia voluntad y libre consentimiento que ahora, ante los resultados negativos para ellos, se troca en error cuando está insito en el riesgo propio del contrato del que debidamente fueron advertidos la posibilidad de un resultado desfavorable para el cliente bancario.*

*El Tribunal de la instancia estimó la demanda pues a su juicio, a la luz de la normativa de la citada L. M.V . y de la diligencia que competía al Banco frente a su cliente, no fue éste suficiente y debidamente informado sobre el alcance de los riesgos del contrato.*

*No se conforma el demandado, la entidad bancaria, quien insiste en que la información precontractual ofrecida fue suficiente y, por tanto, el consentimiento prestado por la accionante libre de todo posible error, preguntándose, entonces, hasta dónde debe llegar su deber de información y recordando que los actores contratantes suscribieron los referidos documentos rechazando la práctica del test o bien su resultado de inidoneidad formalizándose a su iniciativa.*

*El recurso se desestima."*

A continuación en el fundamento de derecho segundo y tercero analiza el contrato suscrito, la prueba practicada, la normativa aplicable para resolver en declarar la nulidad del contrato suscrito y así dice:

*SEGUNDO.- La sentencia de esta Sala de 27-1-2010, recaída en el Rollo nº 508/09 , contempla y resuelve un supuesto sino idéntico, en esencia, el mismo.*

*También allí se trataba del supuesto de una entidad bancaria que toma la iniciativa dirigiéndose a uno de sus clientes ofreciéndole un "producto" para "amortiguar" el coste financiero de otro contrato por la posible subida del tipo de interés variable en éste pactado y que, y como aquí, consistía en una permuta de intereses.*

*También allí, como aquí, el cliente fue informado de la mecánica del "producto" y el resultado también fue negativo para los intereses del cliente bancario, denunciando la eficacia del contrato por error en el consentimiento que atribuyó a la defectuosa e insuficiente información precontractual prestada por la entidad bancaria sobre el riesgo real de la operación y, en lo que interesa y al margen de las obvias pero intrascendentes diferencias fácticas entre uno y otro supuesto, la dicha resolución dice así: "Nos hallamos ante el conocido en la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap).*

*Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.*

*En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.*

*De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o*

*especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.*

*En el caso, en los contratos suscritos en el año 2.004 el cliente se obliga al pago (sobre el nominal nominal) de un tipo de interés fijo y creciente en los sucesivos periodos de cálculo con un límite referencial fijo por periodo que, si es rebasado por otro variable (en este caso el euribor) determinará que el tipo aplicable al cliente sea éste y no el fijo mientras el Banco satisfará su prestación de acuerdo con el euribor.*

*En los segundos, los suscritos en el año 2.005, el tipo fijo que obliga al cliente también es creciente de acuerdo con los diversos y sucesivos periodos, pero cambia tanto la barrera a partir de la cual deja de aplicarse aquel tipo como el tipo de sustitución que, en tal caso, que pasa a ser uno fijo al 4,75 %.*

*Dicho todo lo cual, queda el debate centrado en la pretendida declaración de nulidad por error fundada, en sustancia, en la infracción por el recurrido del deber de lealtad y fidelidad al cliente y de proporcionarle adecuada y suficiente información (en este sentido dice el párrafo 4ª del Fundamento Jurídico de la demanda: "Extrapolando la Jurisprudencia anteriormente citada al caso que nos ocupa, podemos concluir que la entidad demandada ha obrado de forma negligente, por cuanto que la comercialización indiscriminada del producto frente a mis representados - con una mínima preparación financiera - con ausencia de información clara a dicho cliente en orden a la existencia de posibilidades de pérdida del capital, debiera advertir que se trataba de un producto no sólo de alta rentabilidad sino también de alto riesgo.") y a cuyo fin trae la parte a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén citada pero cuyo supuesto no es idéntico al de autos pues, si bien incide también en el deber de información, se da la particularidad de que en aquel caso un anexo importante del contrato no fue entregado ni puesto en conocimiento del cliente lo que no ocurre aquí en que todos los documentos que integran al contrato aparecen oportunamente suscritos por el actor.*

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

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

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

*Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y*

*transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7 ).*

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

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

*Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben de hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva.*

*La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su*

*propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.*

*La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido STS 20-1-2003 ).*

*Como es que lo pretendido es la declaración de nulidad del negocio por error en el consentimiento por falta de la necesaria información, que el legal representante de la actora, al declarar, acusó el error ante el desarrollo negativo para sus intereses del contrato litigioso y que eso mismo pone en evidencia el adverso en el sentido de que al evocado error sólo lo hace aflorar la parte ante ese resultado así como que, ya se ha dicho, tiene el contrato suscrito un considerable matiz aleatorio y hasta, pudiera decirse, especulativo que, antes de entrar al análisis del caso, debe abordarse este aspecto del contrato en orden a la causa del mismo y el error alegado y es que la consideración objetiva de la causa de los contratos ha llevado a rechazar su identificación con los motivos o previsiones de cada parte al contratar (SES 27-5-1982 RA 2605, 29-11-89 ra 7921, 4-12-97 ra 8727 Y 1-4-98 RA 1512) como también con el buen fin de la operación o lucro inicialmente proyectado y menos aún cuando la operación pueda calificarse de especulativa (STS 5-12-2006 RA 230/2007 ) ni por tanto, tampoco, en fin, pudiera alegarse error por frustración de las previsión o combinaciones negociales respecto de hechos ocurridos durante la fase de consumación del contrato (sts 17-10- 1989 RA 6930)*

*Ahora bien, también ha matizado la doctrina jurisprudencial que los motivos integran la causa del contrato cuando son causalizados, es decir, cuando son asumidos por ambas partes (STS 21-3-2003 RA 2762 ); que "para entender el verdadero alcance o significado de la causa como razón de ser del contrato- y con una incesante polémica doctrinal respecto a su exacta configuración-, que no puede omitirse el peso que en toda esa configuración debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y que si ésta puede explicitarse, en el conjunto de las circunstancias que emergen de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta la misma para integrar aquel concepto, pues de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el*

*intercambio de prestaciones efectuado; bien es cierto que con ello se margina la dualidad entre la causa como elemento objetivo trascendente con los móviles o motivos internos de cada interesado- es conocida esa diferencia de los motivos en que se determina por los móviles con trascendencia jurídica, que incorporados a la declaración de voluntad en forma de condición o modo forman parte de aquélla a manera de motivo esencial impulsivo o determinante"-; mas, se repite, según la información que late en ese principio jurisprudencial la conjunción entre ambos es posible sobre todo si al ser lícitos los móviles particulares que implícitamente explican el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado, coadyuvan el hallazgo de aquel designio de razonabilidad" (STS 29-11-1989 RA 7921 ).*

*En el caso, ya se ha expuesto, las declaraciones del director de la sucursal del demandado, donde se suscribió el contrato, revelan que la entidad bancaria no era ajena al propósito y finalidad que guiaba al actor al concertar los contratos litigiosos, antes por el contrario, de esas sus manifestaciones lo que se desprende es que la entidad bancaria, a través de su empleado, toma la iniciativa de novar los contratos ante las fluctuaciones experimentadas por los tipos de interés y para conjurar unos efectos negativos excesivamente adversos (se entiende para el cliente), resultado que sí se venía consiguiendo con los contratos suscritos en el año 2.004 como así lo revela la escasa cuantía de las liquidaciones practicadas a su favor (hecho 1 de la contestación), sin por ello abandonar el Banco su propio interés, mediante el establecimiento de una barrera porcentual y de un tipo de referencia para su aplicación de forma que, en fin, el elemento aleatorio que pueda apreciarse en este tipo de contratos no debe, a nuestro juicio, oponerse como óbice a la apreciación del posible error como tampoco que su denuncia se produzca consumado el contrato pues es que la propia Ley fija el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad por error desde la consumación del contrato (art. 1.301 CC )de acuerdo con su naturaleza propiamente resolutoria (Art. 1.303 CC ) y sobre que con tal proceder incide el actor y recurrente en infracción en el principio de actos propios, tal argumento debe de entenderse como alegación de la convalidación del negocio, en forma tácita, por actos del que tuviere derecho a ejercitar la acción de nulidad que impliquen necesariamente la voluntad de renunciarla (art. 1.311 CC ) pues por algún sector doctrinal se ha identificado la manifestación tácita de renuncia como una del genérico principio que proscribe ir contra los propios actos.*

*Sin embargo, no se aprecia, a juicio de la Sala, la concurrencia de tal acto inequívoco y así es que, si entre los muchos posibles a los que se dota de tal carácter esta el cumplimiento voluntario de la prestación o el aprovechamiento de los efectos del negocio por quien pudiera ejercer la acción de nulidad, no se ha producido en el caso ni lo uno ni lo otro al tratarse de liquidaciones practicadas en la cuenta asociada a los contratos litigiosos con resultado negativo para el recurrente.*

*Todo lo cual dicho, es el momento de decidir sobre la concurrencia o no del error y la respuesta debe de ser positiva.*

*A la fuerza ha de reiterarse; el cliente del Banco es una entidad dedicada a la hostelería que buscaba con la contratación de las permutas de intereses protegerse frente a las fluctuaciones del mercado; el Banco tomó la iniciativa de la cancelación del contrato vigente y su sustitución por otros con distintas condiciones que él elaboró y decidió presentándolo a la firma del cliente asumiendo así cierto papel de gestión de los intereses del cliente (si nos atenemos a como el director de la sucursal explicó la razón de tomar la iniciativa de la revisión del contrato vigente) lo que lleva a volver la vista hacia los descritos deberes de diligencia y transparencia que la normativa del mercado de valores exige de quien actúa en él a la par que colocaba al Banco en cierta posición de preeminencia frente al cliente, carente de la estructura que posee la entidad bancaria para valorar la oportunidad del cambio.*

*De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a una previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interesa variable (euribor).*

*Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.*

*De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la*

*aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial.*

*Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés.*

*Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee.*

*Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008 , si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b).*

*Es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en el segundo semestre del año 2.006 el euribor sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente si aquéllos se ponen en relación con los del desarrollo de la relación desde la primera contratación el año 2.004, pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente.*

*Se dan así y, por tanto, a juicio del Tribunal las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26-6-2000 (RA 9177 ): "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la*

*finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994 [RJ 1994, 1469], y 11 mayo 1998 [RJ 1998, 3711 ]). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. 4 enero 1982 [RJ 1982, 179] y 28 septiembre 1996 [RJ 1996, 6820 ]).".*

*En suma que se estima el recurso en parte, en cuanto a la declaración de nulidad de los negocios litigiosos con la consecuente obligación restitutoria (art. 1.303 C.C .) que, de acuerdo con la mecánica propia del contrato podría resolverse, simplemente, mediante liquidación, estableciendo un saldo final a favor de uno u otro contratante, rechazando las demás pretensiones del actor."*

*TERCERO.- Lo dicho bastaría para desestimar el recurso y lo acertado de la consideraciones de la sentencia recurrida, coincidentes en sustancia con las de la resolución de esta Sala y que, por tanto, hacemos propias, pero bueno será que al abrigo de la queja retórica del recurrente sobre hasta dónde debe de llegar su deber de información y su referencia a los test o exámenes de conveniencia dispuestos por la Ley que abundemos en otras consideraciones, siempre vinculadas a lo que nos ocupa, esto es, el deber de información y diligencia que compete a la entidad bancaria oferente del contrato de permuta.*

*Y lo primero es puntualizar que el hecho de que el dicho contrato se haya suscrito dentro de otro (el contrato marco de operaciones financieras C.M.O.F.) no cambia nada las cosas, pues dicho contrato marco no es sino un modelo de contratación creado por las entidades bancarias, autorizado por el art. 47 RD 216/2008, de 15 de febrero , para reducción del riesgo que, de acuerdo con la propia descripción de su redactor (la Asociación Española de Banca y de Cajas de Ahorro), se caracteriza por ser un acuerdo para compensación única de todas las operaciones suscritas con el cliente en caso de vencimiento anticipado, resultando un saldo único que abarca todas las operaciones y que se calcula conforme a sus pactos.*

*Y lo siguiente es enfatizar, de nuevo, la preocupación de la normativa sectorial por la protección del cliente inversor que se*

*refleja en las normas de conducta que recoge la L.M.V . y que tiene relación con los alegatos relativos a la calificación del producto y del cliente, la intervención del recurrente como asesor o mero ejecutor y la renuncia de los demandados a los test de idoneidad o a sus resultados; y así tenemos que el art. 78 bis de la L.M.V. distingue dos clases de clientes, prestándoles distinta protección: de un lado, el cliente profesional, de otro el minorista, y dentro del primer grupo se comprenden tanto los que se entiende lo son por naturaleza o carácter como el que lo solicite así renunciando a su condición de minorista, pero aún en este caso dicha renuncia no libera al prestatario del servicio de inversión sino que queda condicionada su eficacia y validez a que efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con el servicio solicitado asegurándose de que puede tomar sus propias decisiones y comprende sus riesgos, sujetándose esa evaluación a la concurrencia de factores tan significativos como rigurosos como son que el cliente haya realizado operaciones de volumen relevante en el mercado de valores; que el valor efectivo o depositado sea superior a 500.000 € o que ocupe o haya ocupado, al menos durante un año, un cargo en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.*

*De otro lado, siguiendo con el tratamiento del cliente minorista, el art. 79 bis L.M.V . dispone que cuando se preste servicio de asesoramiento la entidad habrá de preocuparse de obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito correspondiente al tipo de producto o servicio de que se trate y sus objetivos de inversión, con la finalidad de que pueda recomendarle lo que mejor y más le convenga y si lo que presta es un servicio de ejecución o de recepción y transmisión de órdenes queda liberada de seguir el antecitado proceder siempre que, entre otras condiciones, (ordinal 8), no se trate de un producto complejo.*

*Pues bien, como es que en las cartas de confirmación del contrato de permuta (es decir, los tres contratos litigiosos) se deja constancia del carácter minorista del cliente y de la calificación de producto como complejo, no habiéndose practicado el test de conveniencia ni idoneidad ni al Señor Rosendo ni a la entidad mercantil actora, haciéndose constar en el caso de esta última que el servicio prestado es sólo de ejecución cuando eso no es así, ni se compadece con la realidad que no es otra que fue la recurrente quien se entrevistó con la mercantil para exponerle y asesorarle sobre la conveniencia del producto, inclinando, de esta manera, su voluntad hacia la contratación y aunque, efectivamente, los actores tanto suscribieron manifestaciones de voluntad obviando su perfil de*

*inidoneidad frente al riesgo del producto (el Señor Oscar ) como al test de conveniencia (los otros dos demandantes) diciendo actuar por iniciativa propia en la contratación, no se puede ignorar la nula eficacia exoneradora de tales declaraciones si se pondera que lo debatido y declarado es el error en el consentimiento prestado por los accionantes y que dichas declaraciones se producen después de informados sobre el producto bancario, es decir, ya formada su voluntad en razón a la información recibida y cuya insuficiencia sustenta la declaración de error.*

*Y, continuando con el análisis de las cartas de confirmación, su calificación por el recurrente como operación compleja no podrá ser que se atribuya a su operativa o mecánica, pues resulta ésta simple y asequible para cualquiera recordando a las cuentas mercantiles, sino que **habrá de ubicarse esa complejidad en el propio riesgo del contrato cuya evolución, obviamente, requiere de unos contactos previos con el mercado financiero o de unos conocimientos sobre su comportamiento (en lo que pudiera afectar al juego de la mecánica de la permuta de intereses) que, efectivamente, permitan decidir sobre su contratación con suficiente conocimiento de causa, conocimiento que, por el contrario, sí ha de presumirse en la entidad bancaria en cuanto que oferente del "producto"** y que, como explicó el testigo Señor Emiliano , empleado de la entidad recurrente, ésta no asume directamente el riesgo de la permuta, sino que tiene y encuentra dentro del mercado de derivados y opciones otro contratante que lo hace al suscribir con él un contrato espejo y de donde resulta una evidente posición asimétrica entre el cliente bancario y la entidad bancaria en cuanto al conocimiento más adecuado del alcance y significado del riesgo insito en la operación de permuta, que no puede entenderse suficientemente satisfecho por la segunda mediante la sola explicación de la mecánica del "producto", cuanto más si se pondera que se publicita o presenta frente al cliente como "una cobertura" frente a la subida de los tipos de interés.*

*Y sobre que los actores sólo cuestionan la eficacia del contrato a partir del momento en que los saldos son negativos para ellos ello es lógico, porque sólo entonces pueden alcanzar a percibir su*

*error, disponiendo, además, en el art. 1.301 del CC que la acción de nulidad durará cuatro años que, en caso de error, se computará desde la consumación del contrato.*

Los argumentos expuestos en la citada sentencia son aplicables al presente caso. Como en el caso resuelto en la citada sentencia queda acreditado el carácter minorista del cliente, la calificación de producto como complejo, no se ha practicado el test de conveniencia ni idoneidad ni al Señor [REDACTED] verdadero administrador de hecho de la demandante ni a su hijo Sr. [REDACTED] que suscribió los contratos y a quien no se le informo de nada sino que se limito a firmar, lo que indica una negligencia por parte de la entidad bancaria, pues quien contrataba en nombre de [REDACTED] era el Sr. [REDACTED] y ha quedado probado tanto por su declaración como por la declaración del Director de la Sucursal que no fue con este señor con quien negoció y que sólo lo vio en el acto de firmar. Con independencia de que el Sr. [REDACTED] fuera el verdadero administrador de la Sociedad la diligencia mínima exigible a la entidad bancaria es asegurarse de que quien va a firmar el contrato es a quien se ha expuesto la naturaleza del contrato y sabe lo que firma. No consta el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 79 LEY MERCADO DE VALORES pues no se ha probado debidamente que la entidad se preocupara en obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito correspondiente al tipo de producto o servicio de que se trate y sus objetivos de inversión. En el presente caso no consta que el cliente tuviera conocimientos o experiencia en este tipo de producto, se habla de que había un contable que era una persona mayor ya jubilada del que se desconoce su identidad y conocimientos así como de la persona joven que posteriormente le sustituyo, encontrándonos con una manifestación unilateral de la entidad bancaria relativa a que el cliente entendía todos los riesgos del producto-Es a la entidad bancaria a la que hay que exigir conocimientos previos del comportamiento financiero y en el presente caso no hay más que comprobar que apenas dos meses después de la firma del contrato se produjo esa bajada de interés que tenía que haber detectado pues es la entidad que profesionalmente se dedica a la actividad bancaria y la que ha creado este tipo de contratos y debe informar debidamente sobre esa posible evolución del mercado al cliente antes de su contratación. No es que la bajada de intereses se produjera pasado algún año o un periodo de tiempo largo sino que se produjo prácticamente a continuación de la suscripción del contrato, y difícilmente un cliente va a contratar este contrato que se le presenta como "una cobertura" frente a la subida de los tipos de interés cuando en el realidad el riesgo inmediato era de bajada brusca de interés con unas consecuencias económicas tan desfavorables como las que se le han producido. Como recoge la sentencia antes citada la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial ya que sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta

del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés y esa información no se produjo o se produjo erróneamente como lo demuestra que prácticamente a los dos meses se produjo esa caída de los intereses. En definitiva entiendo acreditado que se produjo un vicio del consentimiento del actor a la hora de contratar dicho producto que debe conllevar la nulidad solicitada

Por todo ello entiendo que procede declarar la nulidad de pleno derecho del contrato por vulnerar la normativa del mercado de valores, así como la normativa sobre las condiciones generales de contratación al no haber cumplido debidamente el deber de información que la legislación exige. Se ha acreditado la existencia de error propio invalidante del contrato, que determina su nulidad de pleno derecho siendo la consecuencia obligada de la nulidad que se declara que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (artículo 1303 del Código Civil ) por tanto se condena a la entidad demandada al pago de la cantidad de 10.502'92 € más los intereses desde que fueron cobradas así como si se hubieran devengado y cobrado otras posteriormente.

Cabe citar igualmente una reciente sentencia de la **AP, Pontevedra sección 6 del 16 de Julio del 2010 ( ROJ: SAP PO 1286/2010)** que precisamente confirma una sentencia dictada contra BANESTO declarando la nulidad por falta de consentimiento del contrato de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente da rango y condenando a la entidad Banco Español de Crédito SA a estar y pasar por esta declaración y a restituir a la entidad demandante la cantidad de 12.777,68 €. La sentencia resolvió un supuesto similar al presente se instaba la nulidad del contrato denominado de "Permuta Financiera de Tipos de Interés con Tipo Fijo Creciente en Rango" de fecha 2 de marzo de 2005 por falta de consentimiento o, subsidiariamente, por error en el consentimiento y por dolo imputable a la demandada, con las consecuencias económicas correspondientes derivadas de dicha declaración de nulidad, por lo que la parte demandada que era parte en dicho procedimiento no puede desconocer sus argumentos que se reproducen a continuación:

Para finalizar citar también **la sentencia de la AP, Jaen sección 3 del 27 de Marzo del 2009 ( ROJ: SAP J 403/2009)** citada por el demandante en su demanda debiendo destacar de sus fundamentos como concluye que:

Pues bien, consideramos que el Banco Santander Central Hispano S.A. no cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, pues como se dijo no consta que se le hubiera proporcionado al cliente la documentación necesaria, por ser parte integrante del contrato, para conocer el verdadero objeto o contenido del mismo

Más adelante señala como:

A pesar de ello, el actor, que según los requisitos previstos en el programa que comentamos, tendría la consideración de minorista, no ha sido tratado con las prevenciones exigibles al máximo nivel de protección.

.....

En definitiva, y a la vista de lo hasta aquí descrito, aunque el Sr. Geronimo sea cliente habitual de la entidad demandada, y tenga suscritos dos contratos, como un fondo superselección FIM, acciones, obligaciones, fondo de inversión mobiliario, e incluso un plazo fijo de inversión por importe de 18.000.000 pesetas, eso no significa que conociese de antemano las condiciones de contratación que nos ocupan, o que merezca menor protección informativa que otra clase de clientes. Mas bien, puede inferirse lo contrario, y por ello su consentimiento lo estimamos viciado, a efectos de mostrar la voluntad contractual precisa para la validez del mismo.

Concluyendo que:

La consecuencia obligada de la nulidad que se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (artículo 1303 del Código Civil ). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (Sentencia T.S. 22 de abril de 2005 R.J 2005, 3751 , entre otras muchas).

Es por ello que la entidad bancaria deberá devolver al actor las cantidades cargadas en la cuenta por importe de 3.717,32 euros más los gastos e intereses 28,29 euros y 130,07 euros además de 2.189,52 euros como importe del segundo adeudo, más 28,30 en concepto de gastos y 43,51 euros como liquidación. En total 6.137,01 euros, más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato de permuta financiera hasta la ejecución de sentencia, y los intereses legales (artículos 1100 y 1108 del Código Civil ), desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta.

CUARTO.- En cuanto a las costas de la instancia no procede su imposición, por entender que en el presente caso pueden existir dudas de derecho pues **como resolvió la SAP, Asturias sección 5 del 27 de**

**Enero del 2010 ( ROJ: SAP O 1/2010)** antes citada “, en cualquier caso, no se abstrae este Tribunal de las dudas de derecho que puede suscitar el alcance del deber precontractual de información por la entidad bancaria sobre el riesgo y la influencia que en el consentimiento prestado por el cliente pueda tener el componente aleatorio en este tipo de contratos y así es que por alguno de nuestros Tribunales se ha rechazado el error en el consentimiento prestado en este tipo de contratos (S.A.P. Madrid Sección 13ª 9-3-2.009 y Sección 9ª 10-7-2.009).”

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

### **FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por [REDACTED] que ha estado representada por el Procurador DÑA. ROSA MARIA CORRECHER PARDO, contra BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA BANESTO que ha estado representada por el Procurador D. CARLOS FRANCISCO DIAZ MARCO, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato sobre operaciones financieras suscrito el 23 de julio del 2008 entre demandante y demandada y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada apagar la cantidad de DIEZ MIL QUINIENTOS DOS EUROS CON NOVENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EUROS (10.502'92 €) más intereses legales de dicha cantidad desde que fueron indebidamente cobradas así como aquellas otras cantidades que se hubieran devengado y cobrado otras posteriormente; y ello sin imposición de costas.

Contra la presente resolución cabe recurso de apelación cuyo conocimiento corresponderá a la Audiencia Provincial, debiendo prepararlo ante este Juzgado en plazo de cinco días siguientes a la notificación debiendo citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna de conformidad con el vigente artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero.

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