

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUM. 1  
DE GIRONA**

Av. Ramón Folch, 4-6  
17001. Girona

**Procedimiento: Juicio Ordinario número 1989/2009**

ES  
COPIA

**JOAN ROS I CORNELL**  
LLIGENCIAT EN DRET  
PROCURADOR DELS TRIBUNALS  
Jaume I, 42. Pral 2a - 17001 GIRONA  
Tel. 972 20 52 06 - Fax 972 22 05 46

**SENTENCIA Nº 214/10**

119/10

En Girona, a 27 de agosto de 2010

Don Sergio Sánchez y Montiel, Magistrado Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Girona, vistos los autos de juicio ordinario número 1989/09 en que fue parte demandante la sociedad mercantil "GIROMÚSICA, SLU", que compareció representada por el/la Procurador/a D. Joan Ros Cornell y dirigida por el/la Letrado/a D<sup>a</sup> Evangelina Martínez Castillo, y parte demandada la entidad "CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA", que compareció representada por el/la Procurador/a D. Joaquim Garcès Padrosa y dirigida por el/la Letrado/a D. Ignasi Fernández de Senespleda, y que versaron sobre acción de nulidad por vicio del consentimiento en la suscripción del contrato "Marco de Operaciones Financieras" de fecha 02/03/07, así como de la "Confirmación de Swap" de la misma fecha, en atención a los siguientes,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha de 18 de noviembre de 2009 tuvo entrada en este juzgado la demanda deducida entre las partes y con el objeto ya referenciado, en que la parte demandante concluía suplicando se dictara sentencia de conformidad con sus pretensiones, así como que se condenara a la demandada a pagar las costas del procedimiento.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de ella a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, trámite que evacuó dentro de plazo, oponiéndose a la pretensión de adverso y solicitando que la demanda fuera desestimada con expresa imposición de costas a la parte actora.

**TERCERO.-** Por Providencia de fecha 18 de enero de 2010 se convocó a las partes para la celebración de la Audiencia Previa, la cual se llevó a efecto el día 14 de abril de 2010, con asistencia de todas ellas, sin lograrse en la misma conciliación ni transacción de clase alguna, fueron resueltas las cuestiones procesales planteadas y fijados los hechos, con lo que cada parte pasó a proponer la prueba que le interesó, siendo admitidas como prueba de la actora documental, interrogatorio de la parte

do. Evangelina Martínez



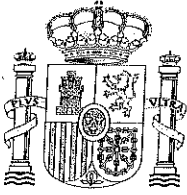
demandada, testifical y pericial judicial, y como prueba de la demandada, documental por reproducida.

**CUARTO.-** La celebración del acto de Juicio tuvo lugar el día 23 de junio de 2010, a las 10.00 horas, siendo que en la misma se ha procedido a la práctica de la prueba propuesta y admitida con el resultado que es de ver en autos, con lo cual ha quedado el juicio concluso para sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente proceso se han cumplido todas las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, a la vista de la complejidad probatoria del caso de autos, de la documental que debe ser objeto de valoración por parte de este que resuelve, y de la excesiva carga de trabajo soportada por los Juzgados de Primera Instancia de Girona, lo que se pone de manifiesto de conformidad con lo previsto en el artículo 211 de la LEC.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La parte actora basa sus alegaciones a partir de un supuesto fáctico que en esencia es el siguiente: la entidad mercantil "Giromúsica, SLU" es cliente de la entidad bancaria demandada "Caixa d'Estalvis de Catalunya, en adelante "Caixa Catalunya", desde prácticamente el año 1998, en el que viene utilizando habitualmente los servicios bancarios que ofrece la entidad "Caixa Catalunya", tal y como la parte actora acredita con la aportación de informes relativos a las operaciones actualmente vigentes, así como las históricamente mantenidas entre la actora y la entidad demandada (*vid. documento núms. 2 y 3 demanda*). En fecha 7 de marzo de 2007 la mercantil actora "Giromúsica, SLU" concertó con la entidad demandada "Caixa Catalunya" escritura de préstamo hipotecario por un principal de 930.000 euros y en las condiciones que se recogen en la escritura otorgada ante el Notario de Girona D. Juan Ramón Palomero Gil (*vid. documento núm. 5 demanda*), entre las que cabe destacar que el prestatario se obligaba al retorno del capital prestado en el plazo de 15 años, mediante el pago de 180 cuotas mensuales y con la aplicación de unos intereses ordinarios a computar mensualmente, estableciéndose para el primer año un interés fijo del 4,86 %, y durante las restantes anualidades del préstamo hipotecario un interés variable igual a Euribor + 0,75 %. Asimismo, en la misma fecha se ofreció a la entidad demandante un producto que, según se deduce de la documental aportada y de las explicaciones vertidas en el acto del juicio por el entonces director de la sucursal bancaria en la que se contrató dicho producto financiero, D. Joan Palahí Sastre, resultó ser una permuta financiera de tipos de interés (*swap de tipos de interés*), por el cual en el caso de que el tipo de interés de referencia subiera, el vendedor que, en este caso es la entidad bancaria "Caixa de Catalunya", debería abonar una cantidad al cliente, y en el supuesto de que el tipo de interés bajara, es el cliente quien tenía que pagar al Banco. Según dicha oferta, la entidad actora "Giromúsica, SLU", a través de su legal representante D<sup>a</sup> Sílvia García Berthou, firmó un Contrato Marco de Operaciones Financieras (en adelante CMOF) y la Orden en Firme de Contratación, en fecha 2 de marzo de 2007, y un documento de confirmación de la operación en fecha 8 de marzo de 2007 (*vid. documentos núms. 1, 2 y 2 bis contestación*). Cuando la mercantil actora, a finales del marzo de



2009, recibió un aviso de liquidación en el que se le informaba que tenía que abonar la cantidad de 1.374,15 euros, con fecha de vencimiento 31/03/09, se dirigió al director de la Oficina Bancaria mencionada a exigir explicaciones, y aquél le informó que tales movimientos o cargos deben atribuirse a la propia esencia del contrato y a la bajada de los tipos de interés, por lo que en fechas 31/03/09 y 22/05/09 remitió sendas cartas al director de la Oficina Bancaria mencionada mostrando su disconformidad con el producto contratado, sin recibir contestación alguna de la entidad bancaria demandada (vid. documentos núms. 35 y 36 demanda), por lo que solicitó a ésta última información sobre el coste de cancelación del contrato de permuta financiera o swap y/o sobre la posibilidad de reducir el plazo de duración de la cobertura, informándosele que el coste de cancelación anticipada de la operación ascendía a la cantidad de 63.349,10 euros y el coste de modificación de la cobertura a partir de la próxima revisión -26/02/10- a 28.019,05 euros (vid. documento núm. 37 y 36 demanda). La entidad actora pretende, en resumidas cuentas, que se declare la nulidad de los contratos mencionados, al entender que no fue informada de forma correcta de las consecuencias de la firma del contrato ni de los riesgos que asumía al contratar, existiendo un vicio en el consentimiento y un error en el objeto del contrato por no haber prestado la entidad bancaria, con carácter previo a la firma de los mencionados contratos, la información necesaria y suficiente relativa a cuál sería el perjuicio real en caso de la bajada de intereses, cuál sería el coste de la resolución anticipada del contrato, o si tal operación de permuta financiera podía o no comportar la satisfacción de unos gastos financieros superiores a los que se hubieran devengado de acuerdo con el tipo de interés fijado en el préstamo hipotecario.

Por su parte, la entidad demandada "Caixa Catalunya" solicitó en su escrito de contestación la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la parte actora, al entender que el contrato no está afectado por ningún vicio del consentimiento y es perfectamente válido, concurriendo el cumplimiento de todas las obligaciones precisas que debe cumplir el Banco para operaciones de este tipo.

**SEGUNDO.-** No habiéndose opuesto excepciones procesales en el acto de la Audiencia Previa al Juicio y no existiendo ningún defecto de los apreciables de oficio por afectar esencialmente a los principios procesales básicos, debe declararse bien terminado el procedimiento hasta este momento procesal.

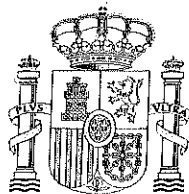
**TERCERO.-** De la prueba practicada a lo largo del procedimiento queda claro que lo que en su día suscribió la actora con la parte demandada no es más que un *swap* o permuta financiera, que en resumidas cuentas es un contrato en el que dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras, en el que normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés. 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*), el cual es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1255 del Código Civil y 50 del Código de 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.

En el caso de autos nos movemos de lleno en la práctica del sector bancario, que se caracteriza por la utilización generalizada de **contratos de adhesión**, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las Entidades Bancarias que deben ser aceptadas por el cliente a la hora de contratar, sin posibilidad de introducir modificaciones o matizaciones en las mismas. A pesar de estas particularidades, en el sector en el que se mueven los contratos objeto del presente pleito, el Código Civil sigue siendo el que nos ofrece las pautas básicas en relación a los requisitos que deben concurrir en la formación de un contrato, a través del clásico contenido del Artículo 1261, que exige para que exista un contrato, la concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el mismo. El eje básico de los contratos, cuales quiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo. Esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esto hace que en el sector que analizamos de la Banca, el legislador y por ello, la jurisprudencia se cuiden de destacar en el análisis de los supuestos que contemplan, la protección que es precisa que el cliente de un Banco, aun cuando sea potencial, tenga a su favor en todas las fases de conclusión de un contrato con una Entidad Financiera y todo ello por la necesidad de dotar de amparo, a lo que se ha entendido parte débil de la contratación en un contrato de adhesión. En la fase precontractual, debe procurarse al consumidor por la propia Entidad, una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece. En la fase contractual, basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses.

Como sostiene la **SAP Asturias núm. 25/10 (Sección Quinta), de 27 de enero: "El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia**



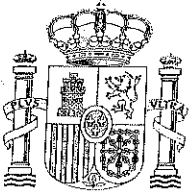
bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del artículo 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"*

**CUARTO.-** En el caso que nos ocupa, la actora pretende la nulidad tanto del CMOF firmado con la demandada en fecha 02/03/07, como del contrato de permuta financiera (SWAP) que se concertó en la misma fecha, mediante el otorgamiento de la orden en firme de su contratación y su confirmación, ya que entiende que firmó por error, pues la entidad demandada no le proporcionó una correcta información, precisa y eficaz, estando en la creencia que el contrato le iba a proteger de eventuales subidas de interés que le pudiera perjudicar por disponer de un préstamo hipotecario de interés variable suscrito también con la referida entidad bancaria demandada, algo que no resultó ser así, ya que se ha acreditado que la figura que la entidad actora contrató y el producto que se le ofertó funcionaban de forma independiente al préstamo hipotecario y, si bien al principio del curso de ejecución del contrato de SWAP le fue favorable, pronto cambió y sufrió pérdidas económicas considerables.

En la fase previa a la contratación efectiva (fase precontractual), no consta acreditado más que el hecho de que la entidad actora mantuvo una conversación con el entonces Director de la Sucursal Bancaria, D. Joan Palahí Sastre, en la cual éste le explico el producto que se ofrecía, ofreciéndole un folleto informativo (vid. doc. núm. 8 demanda) en el que tras incorporar una serie de gráficos, curiosamente referidos a la evolución de los tipos de interés con anterioridad al año 2007, no es hasta la página 7 de dicho documento en la que se habla por primera vez de "Swap de Tipus d'Interés", ofreciéndose publicitariamente el producto como *proporcionador de una cobertura ilimitada ante el riesgo de subidas significativas de los tipos de interés* y especificándose expresamente que *la contratación de la cobertura no comporta ninguna comisión ni ningún coste*. Sí es cierto que se hace en dicha página una parca, simple y esquemática referencia a lo que sería propiamente la causa del contrato de permuta financiera contratado al hablar de la *mecánica de la liquidación efectuada por diferencias*, pero no deja de ser una mención harto esquemática que vuelve a ser reproducida de la misma forma esquemática en el documento de orden en firme de fecha 02/03/07 (vid. doc. núm. 2 contestación). A raíz de la declaración prestada por tal Director en el acto del juicio, D. Joan Palahí Sastre, se hace constar que le explico a la legal representante de la entidad actora con detalle el producto ofrecido y que tal producto encajaba con el perfil de la actora; sin embargo, no se ha acreditado la existencia de algo más que ese documento explicativo que aporta la actora como documento núm. 8 de su demanda que se caracteriza por su parquedad, esquematización y carencia de información detallada y precisa acerca de elementos tan importantes para la contratación del producto financiero de referencia



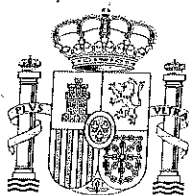
como cuál sería el perjuicio real en caso de la bajada de intereses, cuál sería el coste de la resolución anticipada del contrato, o si tal operación de permuta financiera podía o no comportar la satisfacción de unos gastos financieros superiores a los que se hubieran devengado de acuerdo con el tipo de interés fijado en el préstamo hipotecario, en caso de producirse el efecto inverso al garantizado, no existiendo en autos acreditación alguna de que el Banco explicara por medio de folletos exhaustivos o detallados los caracteres de la operación, ni consta ninguna oferta referida con carácter documental. Es cierto que la entidad actora firmó de forma libre, no hubo desde luego coacción, pero lo que debe quedar acreditado es si sabía perfectamente los riesgos que asumía firmando, y mas importante aún, si esa información del riesgo la llevó a cabo la entidad financiera, como es obligado. En toda esta materia, la norma fundamental a seguir en la actuación de las partes contratantes y en la regulación de operaciones financieras viene constituida por la Ley de Mercado de Valores 24/1988, de 28 de febrero, que en el punto que nos ocupa fue modificada por la Ley 47/2007, que supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento.

De los extractos de la cuenta corriente de la actora (*vid. docs. núms. 15 a 34 demanda*) se deduce un importante riesgo y pérdida sufrida a consecuencia de la ejecución o efectividad del contrato. La entidad Giromúsica, SLU, percibió doce abonos por importe de entre 55,12 y 64,96 euros, durante el año 2008 principios del 2009 –dado que la contratación del swap especificaba que el inicio de la cobertura del riesgo sería en fecha 29/02/08–, y por el contrario, es reclamada de cargos devengados en marzo a octubre de 2009 por importes de entre 1.245,33 y 1.374,15 euros, de lo que se acredita un perjuicio económico relevante para la entidad demandante. Se ha alegado por la parte demandada que la entidad demandante sólo reclama en el momento en que sufre pérdidas y no cuando obtuvo abonos por la operación, dado que durante la primera fase anual establecida en el préstamo hipotecario (período del 03/2008 al 02/2009) estuvo recibiendo abonos a su favor. Esto lo único que prueba es el desconocimiento de la parte sobre lo que habían contratado, ya que hasta que los intereses bajan y las pérdidas comienzan no se da cuenta de la trascendencia de lo contratado, por lo que es evidente que a pesar de que la parte demandada entiende que no hay desproporción ni arbitrariedad a la hora de contratar y que tales desigualdades en el resultado, fácilmente apreciables si tenemos en cuenta las cifras anteriores, son mera consecuencia de la aleatoriedad y variabilidad de los tipos de interés, lo que es evidente es que para impedir precisamente nulidades de contrato es preciso que el Banco aperciba y advierta a la otra parte contratante que tales desigualdades pueden producirse, y hacerlo de una forma exhaustiva que impida a la parte contratar servicios que rápidamente le pueden producir unos perjuicios económicos persistentes, a través de un sistema de información imparcial, claro y no engañoso. En palabras de la Ley del Mercado de Valores de una forma "que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa".



Pues bien, es el momento de decidir sobre la concurrencia o no del error, como vicio del consentimiento, que alega la parte actora, y la respuesta debe de ser positiva. El cliente del Banco es una entidad dedicada a la *venta minorista de instrumentos musicales* que buscaba con la contratación de las permutas de intereses protegerse frente a las fluctuaciones del mercado, a la vista del alza que llevaba experimentando el tipo de interés, 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 de la contratación o no del producto financiero de referencia. De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección del tipo de interés aplicable 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, no puede ser caprichosa sino que obedece a una previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (*Euribor*). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos, pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. De contrario, la información sobre el riesgo únicamente se limitó a las advertencias esquemáticas que se contienen en el documento informativo y en el documento de orden en firme, 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, se hace una referencia esquemática a la fluctuación del tipo de interés de referencia (*Euribor*) pero curiosamente referida a las fluctuaciones del tipo de interés de referencia con anterioridad al año 2007, para acreditar únicamente la tendencia al alza del tipo de interés de referencia, pero sin ofrecer información alguna orientativa al cliente acerca de las previsiones posteriores de fluctuación del tipo de interés, en aras a valorar la conveniencia o no de la contratación del producto financiero que se ofrece; en el bien entendido de que 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 1993, 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 217/2008, 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 el *Euribor* sufrió una fluctuación al alza, pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de

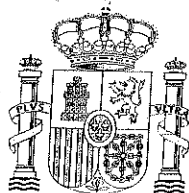




previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y si hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente.

**QUINTO.-** Se dan así y, por tanto, a juicio de este que resuelve las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26-7-2000 (RJ 2000, 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 (RJ 1994, 1469) febrero 1994 [], 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 concurran 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))."*

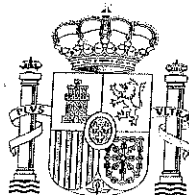
El Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) fue firmado por la entidad "Giromúsica, SLU", junto con un documento de orden en firme, en fecha 2 de marzo de 2008, firmando el documento de confirmación en fecha 8 de marzo de 2007. Observando los documentos suscritos que figuran unidos a las actuaciones (vid. docs. núms. 1, 2 y 2 bis contestación), se percibe que el CMOF es un mero **contrato de adhesión con clausulado genérico**, algo totalmente normal en la práctica bancaria, y perfectamente válido, pero que lógicamente debe completarse con una especificación más concreta, que bien podría ser el documento de confirmación. Si analizamos de forma conjunta los dos documentos, lo cierto es que no encontramos ninguna cláusula ni apartado que nos indique, de forma clara y precisa, qué operación de aquellas genéricas o enumeradas en el contrato marco es la que se está confirmando, y sobre la que recae el consentimiento prestado, y que se trata de un swap de tipo variable, como ha explicado en sus caracteres en el acto de la vista el director de la sucursal bancaria. Por ello, ni el contrato marco ni el documento de confirmación recoge una referencia concreta y detallada al conjunto de riesgos asumidos para el caso concreto, y de su aumento o disminución según la evolución de tipos de interés, teniendo en cuenta que en el momento de elaboración y firma de los contratos que nos ocupan, en especial en el momento en el que se produjo el inicio de la cobertura del riesgo -29/02/08-, empezaba a vislumbrarse por datos económicos de carácter general (que sin duda el Banco como experto financiero puede interpretar de forma favorable para él mismo y sus clientes) una posible variación en la evolución de los tipos de interés, que hubiera llevado al Banco, que siempre es conecedor de más datos económicos que un cliente no experimentado en la materia de su posible evolución, a no ofertar el producto de la forma en la que lo



hizo o con una especial precaución y minuciosidad en la información. En el contrato celebrado, tal y como figura en su texto, existe un Anexo I en donde hay un apartado titulado "Conocimiento de los Riesgos de las Operaciones" (punto 15), que dice: *"las partes declaran ser totalmente conscientes del riesgo de volatilidad inherente a la celebración de operaciones, cuyo valor de mercado puede variar rápidamente como consecuencia de variaciones en los tipos de interés, tipos de cambio y otros parámetros relevantes de los mercados financieros"*. No se especifica nada de los riesgos concretos de la operación modalidad *swap* que se contrataba, ni de los riesgos concretos que una variación en los tipos de interés como la que se preveía podría producir, todo ello con el entendimiento de que la entidad bancaria demandada no podría adivinar el curso exacto o tener total certeza sobre la variación de los tipos de interés, pero sí contar, desde luego, con más datos que el cliente sobre este punto.

Precisamente la obligación de información es la primordial obligación del Banco y es llamativo que en el Anexo I al CMOF, punto 15, apartado segundo, figure una referencia en la que se dice, en resumidas cuentas, que la contratación no está sujeta a ningún tipo de asesoramiento por la Entidad. El artículo 79 y concordantes de la Ley del Mercado de Valores resulta plenamente de aplicación en el apartado que regula las obligaciones de diligencia y transparencia. Hay que destacar que tal Ley ha sido modificada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que ha venido a potenciar a través de la introducción de un artículo 79 *bis*, los deberes de información al cliente, haciendo una regulación muy exhaustiva de la misma y distinguiendo en tal información, la que se debe al cliente no profesional. Según su regulación, *"la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias"*, de igual forma recoge una obligación de máxima aplicación al supuesto que nos ocupa al señalar que *"la información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial e invisible"*, dicha obligación es evidente que el Banco debe de cumplirla a pesar de que ello conlleve un riesgo de no contratación.

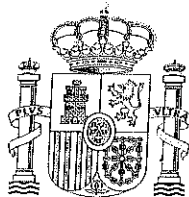
Para resolver el supuesto enjuiciado partiremos de la consideración de que el consentimiento es un requisito esencial, cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (*Sentencia T.S. 20 de abril de 2001 (RJ 2001, 5282)*). En el mismo sentido el error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente. El artículo 1266 del Código Civil sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa), es decir, a aquel en que ha habido error en la voluntad (error vicio), y no error en la declaración (error obstativo), aquel que invoca la anulabilidad (por el vicio), éste la inexistencia por la falta de uno de los elementos, y éste último es el producido en este caso



(Sentencias T.S. 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9369) y 10 de abril de 2001 (RJ 2001, 2027)).

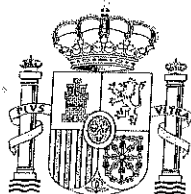
La parte actora alega el error en el consentimiento como causa para solicitar la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada. El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado, así como ante la falta de información detallada y precisa sobre los riesgos derivados del mismo. Así las cosas, hemos de resaltar que se trata de un contrato marco de operaciones financieras, que según el encabezamiento del mismo había sido elaborado por la Asociación Española de Banca Privada y protocolizado en Acta autorizada por el Notario de Madrid D. Vicente Moreno-Torres Camy. La estipulación 2ª del referido contrato establecía que su objeto era la regulación de la relación comercial que surja entre las partes, como consecuencia de la realización de determinadas operaciones, describiéndose al efecto diferentes permutas financieras (*swaps*). En cualquier caso se remitía a los anexos I y II, que formaban una unidad, y también al documento de confirmación en el que se concretarían las correspondientes operaciones financieras, integrando asimismo el objeto del contrato (Estipulación Primera del CMOF, punto 1.1). Posteriormente se llevó a cabo la confirmación de la permuta financiera de los tipos de interés, en fecha 08/03/07 (vid. doc. núm. 2 bis contestación) mediante un nuevo documento suscrito también por la entidad actora, en el que se planeaban los términos y condiciones específicos de la operación.

Ambos documentos, que como se dijo, constituían una unidad han de examinarse para deducir si medió o no el error en el consentimiento, que se alega, por la falta de información necesaria y por la forma en que se redactaron las cláusulas del mismo. Todo ello lo pondremos en relación con la legislación en materia del mercado de valores, y con la normativa vigente sobre la protección de los consumidores y usuarios, aunque no siendo esta normativa determinante para acordar la nulidad del mismo, dado que la parte actora está ejercitando, con carácter principal una acción de nulidad del mencionado contrato por vicios del consentimiento, pero no por el carácter abusiva del clausulado contenido en el mismo, pues de lo contrario este que resuelve no sería competente para resolver dicho pleito. La entidad actora mantiene en su escrito de demanda que la idea que tuvo sobre el *swap* que se le ofreció fue la de un producto similar a un seguro que cubría las posibles subidas del tipo de interés que había concertado y que en caso de bajar los mismos le obligaba al pago del diferencial, entendiéndolo que era un producto accesorio y vinculado al préstamo hipotecario suscrito con la entidad bancaria demandada, que no tenía ningún coste de contratación ni de cancelación. Como puede observarse, a la vista de los documentos referidos, se trata de un contrato tipo, que como tal ha de ajustarse por la fecha de su redacción al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El artículo 14.2 de la referida norma dispone que los contratos tipo deberán de contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustados en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información



previstos en la legislación del Mercado de Valores, y en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. Pues bien, en primer término, y según lo preceptuado en el artículo 15.1 del mismo texto legal, resulta obligatoria la entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, porque precisamente lo suscrito fue un contrato tipo. Sin embargo, únicamente figura firmado por la legal representante de la mercantil actora el contrato marco al que se adjunta el anexo I, y la confirmación de la permuta, también rubricados, pero no se adjunta a la documental aportada por la actora el Anexo II que sí se adjunta con la documental aportada por la demandada, ni dicho Anexo II aparece firmado por la entidad actora, como sí aparece rubricado por la legal representante de la entidad actora el Anexo I. Este documento, como pudo comprobarse a través de la documentación aportada por la propia demandada no permite acoger las declaraciones formuladas en el acto del Juicio por el entonces director del departamento de productos financieros de "Caixa Catalunya", D. Josep Vallès Domènech, entorno a que dicho Anexo II no resultaba importante por su carácter simplemente informativo, ya que resulta de gran importancia al contener un conjunto de definiciones para interpretar las confirmaciones de operaciones financieras, documentadas al amparo del contrato marco. Precisamente en dicho Anexo II se contienen las diferentes opciones, entre las que cabría incluir la que nos ocupa. Dicha documentación no consta que la entidad financiera la entregara a la entidad actora, pues de la documentación entregada a ésta última por aquella y que obra incorporada junto a su escrito de demanda no figura incorporado dicho Anexo II, tal cual sí se desprende de la documentación aportada junto a su escrito de contestación por la parte demandada, en la que hace figurar dicho Anexo II, aunque sin que obre rubricado por la legal representante de la entidad actora, como sí figura el Anexo I; y lo que es más importante, tampoco resulta acreditado que llevara a cabo su obligación de información previa al cliente, entorno a los riesgos concretos y detallados de la operación.

En este sentido, el artículo 5.3 del Real Decreto que comentamos dispone que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrate. Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E, en su artículo 31, 2006/73 , el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 629/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos

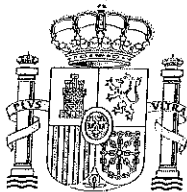


inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas.

Pues bien, considera este que resuelve que la entidad demandada "Caixa Catalunya" 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. El entonces representante legal de la entidad demandada con el que la entidad actora contrato el producto, D. Joan Palahí Sastre, dijo que el producto contratado por la actora es un producto de garantía y protección del tipo de interés y no es un producto de riesgo, lo que precisamente contraviene lo dispuesto en la página 1 del folleto informativo aportado como documento número 8 de la demanda, del que se infiere que estamos ante un producto de riesgo, aunque sin precisar ni detallar los riesgos concretos de la operación. La entidad financiera demandada "Caixa Catalunya" asume como objetivos, reflejados en su página de Internet (*vid. doc. núm. 11 demanda*), el llamado espacio MIFID, como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 2004/39 C.E. relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76C.E SIC, ya citada, y el Reglamento C.E 1287/2006, por lo que no resulta de recibo ahora que la demanda alegue que dichas normas MIFID no era de aplicación al caso concreto. En aplicación de la misma se exige la clasificación de los clientes a los que se presten servicios de inversión en las nuevas categorías; minorista profesional y contraparte elegible, para adaptar las medidas de protección a los inversores a la clasificación asignada. Así, los clientes minoristas, fundamentalmente todos los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc, reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos.

A pesar de ello, la entidad actora, que según resulta acreditado por la documental aportada por la misma, tendría la consideración de minorista, no ha sido tratada con las prevenciones exigibles al máximo nivel de protección; razón además para considerar que se ha incumplido la normativa vigente, por lo que todo ello unido a la falta de claridad de las cláusulas y en particular la ausencia de un sistema preciso sobre la liquidación, hacia preciso el Anexo II, que con todo acierto se denomina *"Definiciones para la interpretación de las confirmaciones de operaciones documentadas al amparo del contrato marco de operaciones financieras"*.

En definitiva, y a la vista de lo hasta aquí descrito, aunque la entidad actora fuera cliente habitual de la entidad demandada, siendo que desde prácticamente el año 1998, venía utilizando habitualmente los servicios bancarios que ofrecía la entidad "Caixa Catalunya", tal y como la parte actora acredita con la aportación de informes relativos a las operaciones actualmente vigentes ya las históricamente mantenidas entre la actora y la entidad demandada (*vid. documento núms. 2 y 3 demanda*), 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, por lo que su consentimiento lo estimamos viciado, a efectos de mostrar la voluntad contractual precisa para la validez del mismo.



Por lo expresado, y al concurrir la aplicación del artículo 1265 del Código Civil, cuando dice que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad del contrato de *swap* suscrito por la mercantil actora con sus correspondientes documentos de orden en firme y de confirmación, y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los importes que por razón del contrato de *swap* hayan percibidos las partes la una de la otra.

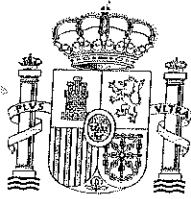
**SEXTO.-** Sostiene la parte demandante, con carácter subsidiario y únicamente para el caso de que la nulidad del contrato se acordara por vulnerar lo dispuesto en la normativa de protección de los consumidores y usuarios, que se dicte sentencia en la que se condene a la entidad demandada al pago de los intereses legales que resulten de la diferencia de todos los importes pagados en concepto de *swap* por la actora, menos los abonados por la entidad desde el día de la presentación de la demanda. Entiende este que resuelve que dicha pretensión indemnizatoria no puede ser acogida en la presente instancia, dado que en el escrito de demanda se plantea, con carácter principal, una acción individual de nulidad de un contrato bancario – conocidos como *swaps*- en base a unos vicios del consentimiento que la demandante incardina en los criterios generales de nulidad del Código Civil, pese a que en el desarrollo argumental de la demanda (“*Antecedente Sexto*”) haga referencia, con carácter subsidiario, a esta pretensión indemnizatoria al amparo de la vulneración de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, por entender este que resuelve que tanto la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como el Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, así como la Ley General de Publicidad, se encuentran dentro del ámbito de competencia de los Juzgados Mercantiles (así lo entendió el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de los de Barcelona en Auto de fecha 18/05/10), en el bien entendido de que la pretensión de nulidad planteada en su demanda por la entidad “*Giromúsica, SLU*” ha sido planteada y estimada a partir de la concurrencia de los vicios que se produjeron en la prestación del consentimiento por ésta última y que le llevó a firmar el contrato cuya nulidad se aprecia.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la parte demandada, el pago de las costas causadas.

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

## FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta en nombre y representación de la sociedad mercantil “**GIROMÚSICA, SLU**” contra la entidad “**CAIXA D’ESTALVIS DE CATALUNYA**”, debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras, de la orden en firme de su contratación y de la confirmación de la operación suscritos por la actora con la entidad bancaria demandada en fechas 02/03/07 y 08/03/07, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente las



liquidaciones realizadas hasta la fecha en virtud del mencionado producto financiero, con intereses legales, y con declaración de nulidad de las liquidaciones que se generen hasta la fecha de la presente sentencia. Se impone el pago de las costas procesales a la parte demandada "Caixa d'Estalvis de Catalunya".

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE APELACIÓN**, que puede prepararse en el plazo de **CINCO DÍAS** en este juzgado, para ante la Íltma. Audiencia Provincial de Girona. Al anunciar o preparar el Recurso de Apelación, la parte recurrente deberá acompañar al escrito de anuncio justificante de haberse efectuado en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de éste Juzgado, **el depósito, por importe de 50 euros**, contemplado en el Artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, que modifica la Ley Orgánica 1/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, sin cuyo justificante no se admitirá a trámite el referido recurso.

Notifíquese a las partes, publíquese, regístrese y quede testimonio en las actuaciones.

Así por ésta mi sentencia en nombre de SM el Rey lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.**- Esta sentencia fue publicada mediante lectura en audiencia pública por SS<sup>a</sup> en el mismo día de su fecha, de lo que doy fe yo, la Secretaria Judicial.