

Ivo Ranera Cahir	Referencia	69324
Ciente	S.L.	
Letrado	JAVIER DELGADO PLANAS	
Procedimiento	87/10-7ª PRIMERA INSTANCIA 2 BARCELONA	
Notificación	25/01/2011	
Procesal		

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 2 DE BARCELONA.
Juicio Ordinario número 87/2010.

SENTENCIA (15 /2011)

En Barcelona, a 17 de enero de 2011.

Vistos por Doña MARIA EVA MIMBRERA TORRES, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Barcelona, los presentes autos de **Juicio Ordinario** seguidos ante este Juzgado bajo el número **87/2010** a instancias de **SL (en adelante,)**, representada por el Procurador Sr. Ranera y defendida por el Letrado Sr. Delgado, contra **BANCO SANTANDER, SA, (en adelante, BS)**, representada por el Procurador Sr. Lago y defendida por el Letrado Sr. Gil,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Ranera y en la representación antes indicada se formuló, en fecha 25 de enero de 2010, demanda de Juicio Ordinario contra la citada demandada.

La parte actora alegaba que:

1. C es una mercantil desde la cual el Sr. ejercía su profesión de odontólogo, siendo esa su actividad y estando dedicado todo su personal a la misma.

2. Tras la jubilación, el Sr. quedó sin actividad empresarial alguna y el mismo y su mujer, Doña , socia asimismo de la entidad, intentaron en 2005 realizar una mínima actividad inmobiliaria, circunscribiéndose a la compra y alquiler de dos pisos de menos de .-300.000.- euros cada uno.

3. En dicha fecha, el Sr. y la Sra. tenían una avanzada edad y contaban con unos ingresos derivados de la pensión de jubilación del Sr. Barba de unos .-500.- euros al mes, aproximadamente.

4. Como C tenía domiciliadas todas sus cuentas en BS, la financiación necesaria para la compra de los citados pisos la solicitó también en BS.

5. A principios de la década de los 2000, la práctica totalidad de las entidades financieras lanzaron al mercado lo que se denominó "clips hipotecarios" o "swaps", asociándose a un préstamo hipotecario de forma que el cliente se aseguraba de que, si los tipos de interés subían más allá de un nivel, lo que se ganara con este producto compensaría el encarecimiento del préstamo, vendiéndose pues como un seguro para la oscilación de los tipos de interés y garantizar unas cuotas de hipoteca estables.

6. No obstante y ante la competencia existente, dicho producto se desnaturalizó y pasaron a ser contratos financieros propios del mercado de derivados, de imposible comprensión para el usuario bancario ordinario y con altísimos costes de cancelación.

7. Esto le sucedió a la actora con la suscripción de los

"swaps".

8. Así, con ocasión del pago y revisión de los intereses aplicables a la operación de crédito suscrita el 3 de noviembre de 2005 por las partes, por importe de .-276.000.- euros y por período de .-3.- años (asimismo, las partes tenían suscrito desde el 8 de junio de 2007 un contrato de préstamo hipotecario por importe de .-240.000.- euros a .-15.- años, con .-2.- de carencia), la demandada ofreció a la actora la suscripción de un "swap" para evitar tener que sufrir las oscilaciones del tipo de interés, siendo firmado el contrato por la actora sin ser consciente de la suscripción de un complejo producto financiero que nada tenía que ver con el crédito citado por cuanto el importe nominal del "swap" era de .-500.000.- euros y su plazo de vigencia a 24 de octubre de 2011, no siendo informada tampoco la actora de los costes de cancelación del "swap".

9. Además y habiendo tenido dicho "swap" un resultado positivo para la actora, BS propuso a la actora, coincidiendo con otro pago y revisión de los intereses del crédito, la firma de un nuevo "swap", cancelando el anterior, siendo suscrito el mismo ante la plena confianza depositada en los Directores de la oficina de BS pese a que dicho segundo "swap" contenía estipulaciones que perjudicaban a la demandante cuales eran la modificación del tipo de interés del .-3'93.-% al .-4'33.-% y la modificación del importe nominal del "swap" a .-800.000.- euros, no siendo informada tampoco la actora de los costes de cancelación de dicho nuevo "swap".

10. Para colmo, la demandada propuso a la actora la firma de un tercer "swap" a un interés del .-3'85.-% y por importe de .-500.000.- euros adicionales, sin cancelar el segundo "swap".

11. En el año 2008 falleció el Sr. , quedando la Sra. como única socia de C , viéndose la misma sumida en una situación de déficit económico derivado en gran parte del hecho de que desde abril a agosto de 2009 los "swaps" suscritos habían devengado cuotas por casi .-16.000.- euros, inasumibles por la sociedad actora, reclamando además la demandada una suma superior a los .-80.000.- euros para el caso de cancelación anticipada de dichos productos.

12. Los contratos citados son nulos de pleno derecho por la existencia de un vicio del consentimiento en la contratación, concurriendo falsedad civil e incumpléndose la normativa bancaria y de consumidores y usuarios.

13. Así, la actora, al suscribir los "swaps" citados no era consciente del enorme riesgo que estaba contrayendo, siendo dicho error imputable única y exclusivamente a la actitud de la entidad demandada que en todo momento indujo a dicho error sobre las propiedades, características y riesgos del producto financiero contratado, considerándolo la actora un mero seguro contra la subida de tipos de interés que afectaba a la financiación suscrita con BS de modo que la demandada, a sabiendas de las lesivas consecuencias que un escenario de tipos de interés bajos podría acarrear a la actora (circunstancia del todo plausible dado el escenario macroeconómico existente), ni lo advirtió ni manifestó en momento alguno a CDA, incluyendo en el contrato una cláusula en la que la actora declaraba conocer toda aquella información que en realidad ignoraba por completo, incumpliendo BS con la normativa sobre la información que las entidades bancarias deben ofrecer a usuarios bancarios y de la existente en materia de consumidores y usuarios, no existiendo buena fe ni respeto a un justo equilibrio de los

derechos y obligaciones de las partes.

14. La citada nulidad de los contratos suscritos conlleva la devolución recíproca de las cantidades entregadas por ambas partes en virtud de los mismos, debiendo abonar la actora a la demandada la suma recibida de .-5.118'17.- euros y la demandada a la actora la cobrada de .-25.541'77.- euros, todo ello respecto de los dos últimos "swaps" suscritos e instando igualmente la actora la recíproca devolución de las cantidades entregadas por las partes en virtud del primer "swap" suscrito, no disponiendo la actora de datos suficientes para determinar dichos saldos.

15. Han resultado infructuosos los intentos realizados en orden a alcanzar una solución extrajudicial de la problemática expuesta.

16. En base a todo lo expuesto y conforme a los fundamentos de derecho indicados en el escrito de la demanda, finalizaba la parte actora solicitando que se dictara en su día sentencia resolviendo el contrato objeto de litigio y condenando a ambas partes a la restitución recíproca de las cantidades entregadas a cuenta en virtud del mismo.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Auto de 23 de febrero de 2010, se emplazó a la parte demandada para la contestación a la misma en tiempo y forma, previas las advertencias legales al respecto.

TERCERO.- Verificando dicho trámite compareció en nombre y representación de la entidad demandada el Procurador Sr. Lago quien, mediante escrito de 8 de abril de 2010, contestó a la demanda formulada de contrario, oponiéndose en los siguientes términos:

1. En primer lugar y como cuestión procesal previa, aducía la demandada la existencia de un defecto legal en el modo de proponer la demanda por cuanto en la misma se confundían distintas categorías de ineficacia contractual (rescisión, nulidad y resolución).

2. Por otro lado y según también consideraciones de la demandada, fue la actora, como sociedad mercantil aún en funcionamiento, que no sus socios, la que decidió realizar las inversiones citadas en la demanda, no siendo por tanto la actora un "consumidor" en el sentido tuitivo de la normativa existente en dicho ámbito y teniendo C . perfecto conocimiento de los productos bancarios suscritos.

3. Los tres "swaps" suscritos el 11 de octubre de 2006, el 31 de octubre de 2007 (cancelando éste el anterior) y el 28 de octubre de 2008 no se vendieron como una garantía de tipos de interés puesto que nada se garantizaba, explicando e informando meticulosamente los contratos las características y el funcionamiento de los productos contratados, siendo independientes en el tiempo de las operaciones propiamente crediticias suscritas por C1 el 3 de noviembre de 2005 y el 8 de junio de 2007, tratándose de contratos autónomos.

4. Además, no era cierto que las operaciones de "swap" constituyeran productos complejos, rodeados de un halo de oscuridad.

5. De tal modo, la "confirmación" que el documento recoge supone tan sólo plasmar por escrito los términos y condiciones de la operación acordados verbalmente por las partes siendo que, a través de los "swaps" litigiosos, BS pagaba trimestralmente a CDA la suma resultante de aplicar un tipo de interés variable sobre el nominal del "swap", mientras que CDA pagaba a BS la suma resultante de aplicar un tipo fijo sobre el nominal al final de cada año,

resarciéndose C de las subidas moderadas de los tipos de interés y obteniendo liquidez.

6. Para poder ofrecer en beneficio del cliente un tipo fijo más barato se estableció una barrera o límite al interés variable ("barreras Knochk-in") de modo que, si el interés variable sobrepasaba dicho límite, C pagaba al final de año el interés variable en lugar del interés fijo.

7. Asimismo y para evitar riesgos, las entidades financieras, cada vez que ofrecen un "swap", "cubren" su riesgo en el mercado contratando una operación en sentido inverso con otra entidad financiera, siendo con ello con lo que BS tratará de obtener un beneficio, negociando el tipo de interés de la cobertura que realice con dicha otra entidad y viéndose así perjudicada BS por la cancelación anticipada del "swap", fijándose consecuentemente una comisión por tal concepto, conocida y aceptada por C .

8. Si la actora admitió y se benefició de los "swaps" cuando los tipos de interés le eran favorables, no puede ahora sustentar en contra de dichos actos propios la nulidad que pretende, habiendo de hecho suscrito tres contratos, variables en función de la situación del mercado, y no entendiéndose cómo pudo la actora mantener su levedad al contratar por segunda y tercera vez con la demandada los productos de que tratamos.

9. Pese a que los citados contratos fueron suscritos por la Sra. Postigo, el Sr. Barba, en vida, nada opuso ni cuestionó sobre los mismos, siendo prestado el consentimiento negocial de forma libre y voluntaria, con una causa lícita y sin error alguno, concurriendo todos los requisitos para mantener la validez de dichos contratos y siendo que, de existir error, el mismo no sería inexcusable puesto que era suficiente con haber leído los documentos contractuales firmados.

10. La actora pretende enmascarar su falta de previsión y planificación empresarial con la imputación a la demandada de una conducta impropia del todo inexistente.

11. A la actora se le informó adecuadamente de las características del producto sin que, en los .-3.- años transcurridos y pese al conocimiento del mismo y el asesoramiento que pudo procurarse, nada objetara.

12. Por otro lado, resulta temerario imputar a la demandada una falsedad civil puesto que, siendo la operación "neutra" para el Banco respecto del cliente, ningún interés ostentaba BS en hundir a CDA, no habiéndole ocultado en modo alguno el funcionamiento del producto contratado.

13. Tampoco existía incumplimiento contractual alguno imputable a BS que pudiera sustentar la resolución de los contratos.

14. Por último y para el caso de declararse la nulidad de los contratos predicada por la actora, la misma debería afectar de igual modo al primer "swap" suscrito y beneficioso para C .

15. En suma y tras alegar los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, finalizaba la parte demandada solicitando que se dictara en su día sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda formulada frente a ella de contrario. Todo ello, con expresa imposición de las costas procesales causadas en este pleito a la parte actora por su manifiesta temeridad y mala fe.

CUARTO.- Por Providencia de 3 de mayo de 2010 se convocó a las

partes para la celebración de la audiencia previa de este juicio el día 9 de julio de 2010.

QUINTO.- A dicho acto acudieron ambas partes, debidamente asistidas y representadas.

Celebrada la misma y tras un primer intento de conciliación sin éxito, las partes se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos iniciales de demanda y de contestación a la demanda.

Afirmándose la parte demandada en la cuestión procesal previa por ella planteada sobre el defecto legal en el modo de proponer la demanda, la actora realizó las aclaraciones que estimó pertinentes, dándose por subsanado dicho defecto a los efectos establecidos en el artículo 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

En cuanto a los documentos aportados por las partes con sus respectivos escritos, las partes no realizaron especial manifestación.

A continuación, se fijaron los hechos controvertidos y los admitidos, ratificándose ambas partes en los términos indicados en sus respectivos escritos iniciales, intentándose a continuación un nuevo acuerdo también sin éxito.

La parte actora propuso, como medios de prueba la documental obrante en autos, debiendo darse la misma por reproducida, y testifical. La parte demandada propuso la documental obrante en autos, debiendo darse ésta de nuevo por reproducida, el interrogatorio de la parte actora y testificales.

Todos los medios probatorios fueron admitidos, señalándose el día 1 de diciembre de 2010 para la celebración del acto del juicio de este pleito.

SEXTO.- En dicho acto se practicaron todas las pruebas admitidas con el resultado obrante en autos, quedando recogido mediante el sistema audiovisual de reproducción de la imagen y sonido de que dispone este Juzgado.

En el mismo acto las partes formularon oralmente sus conclusiones orales respecto a la prueba practicada.

Seguidamente, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este expediente se han observado todas las prescripciones legales salvo las relativas al plazo para dictar sentencia dado el volumen de asuntos pendientes de preferente estudio y resolución en este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercitaba en efecto a través de su demanda determinada acción con fundamento en lo previsto en los artículos 1124 y siguientes, 1265, 1266, 1303 y siguientes y 1817 del Código civil (en adelante, Cc), en la Directiva 2006/73 relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros (en adelante, Directiva MIFID), en el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre las medidas de reforma económica, en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en adelante, LDIEC), en el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCyU), en la jurisprudencia existente en la materia y en el artículo 394 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), por lo que a las costas procesales derivadas de este pleito hacia referencia.

Por su parte, la demandada se oponía a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo dispuesto en los artículos 7, 1258, 1281, 1285, 1288 y 1309 a 1313 del Cc, en la LGDCyU, en la jurisprudencia existente en la materia y, de nuevo, en el artículo 394 de la LEC en cuanto a las costas procesales de esta instancia.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior y a los efectos de una mayor claridad, se hace necesario fijar en un primer momento los extremos que se abordarán en los siguientes Fundamentos de Derecho:

1. La acción ejercitada por C en la demanda: la nulidad de los contratos de permuta financiera o "swaps" suscritos entre las partes el 11 de octubre de 2006, el 31 de octubre de 2007 (cancelando éste el anterior) y el 28 de octubre de 2008:

- Normativa aplicable al caso y requisitos necesarios para el éxito de la pretensión.

- En su caso, contenido de la condena.

- Si procede, intereses por la mora en el pago.

2. Costas procesales.

TERCERO.- Planteada así la cuestión, debe entrarse pues sobre el estudio de la acción ventilada por C frente a BS en este pleito. Sobre ello y según indicaba la demandante, habiendo suscrito con la demandada tres contratos de permuta financiera o "swaps" en la creencia de contratar un seguro que le cubriera contra la eventual oscilación a la alza de los tipos de interés respecto de determinadas operaciones crediticias asimismo suscritas con BS en orden a la compra de dos inmuebles como medio de inversión, procedía declarar la nulidad de dichos "swaps" ante la existencia del citado vicio en el consentimiento negocial otorgado por CDA.

De tal modo y según alegaciones de dicha entidad, la sociedad demandada indujo maliciosamente a error sobre el producto contratado dado que, presentado en los términos antes vistos y siendo la entidad actora profana en la materia por constituir su objeto social el ejercicio profesional por Don de su profesión de odontólogo (siendo igualmente socia de la compañía su esposa Doña , ambos de avanzada edad), resultó ser un complejo y arriesgado producto financiero que se saldó, en cuanto a los citados dos "swaps" cuya nulidad se preconaba, con un resultado negativo para CDA. Además y pese a que a resultas del primer contrato de permuta financiera suscrito con la demandada en fecha 11 de octubre de 2006 (cancelado por el segundo "swap" suscrito de 31 de octubre de 2007) la actora resultó beneficiada, hacia constar la misma que el mismo fue modificado en los dos "swaps" siguientes en el sentido de incrementar su importe nominal, vigencia y tipos de interés aplicables, todo ello sin ser informada la actora. Información que, de igual modo, negaba la actora se le hubiera suministrado por la demandada de forma correcta, completa y comprensible en cuanto a la operación y sus riesgos y a los elevadísimos costes que la cancelación anticipada de los productos contratados suponía, incumpliendo la demandada con ello la normativa específica existente en el ámbito bancario y de

protección de los consumidores y usuarios.

Así, procedía disponer la mentada nulidad, con la recíproca restitución entre las partes de las prestaciones recibidas y, con ello, condenando a la actora a abonar a BS la suma recibida de .-5.118'17.- euros, con más la que se determinara en relación con el primer "swap" suscrito, de cuyos datos carecía por el momento la demandante, y a la demandada a reintegrar a C en la cantidad cobrada de .-25.541'77.- euros, de igual modo con más la correspondiente en su caso al primer "swap", habiéndose negado hasta el momento BS a invalidar los contratos controvertidos sin previo abono de las comisiones que por cancelación anticipada ascenderían a más de .-80.000.- euros. Existía, según se recogía en la demanda, error inexcusable invalidante del consentimiento negocial de CDA imputable a BS, falsedad civil promovida por la demandada e incumplimiento por la misma de la normativa bancaria y de consumidores y usuarios en cuanto que la información suministrada a la contratante fue insuficiente y confusa.

Frente a ello, se oponía BS.

En dicho sentido y no negando la entidad bancaria ni la existencia y suscripción por las partes de los tres contratos de permuta financiera citados ni el resultado que de su operativa se había derivado, sí negaba en cambio que concurriera motivo o causa alguna para disponer su invalidez o nulidad. Así y haciendo hincapié BS en que dichos contratos fueron suscritos por C como entidad jurídica, que no por sus socios o integrantes, careciendo pues la actora de la condición de consumidora o usuaria a los efectos de la normativa protectora existente en dicho ámbito, destacaba también que C conocía y fue informada puntualmente del producto contratado, de su funcionamiento y riesgos así como de los costes que se devengarían para el caso de su cancelación anticipada, ostentando plena libertad para contratar y tratándose además de un producto sencillo y en ningún caso vinculado a las operaciones crediticias que CDA tenía igualmente firmados con BS, tratándose de productos distintos y autónomos y no habiéndose ofertado nunca los "swaps" como seguros destinados a garantizar una estabilidad en los tipos de interés de dichas otras operaciones sino como producto para proporcionar liquidez a la contratante, resarciéndose a su vez el Banco de las subidas de interés contratando la cobertura de dicho riesgo con otra entidad financiera, de cuya negociación en cuanto a los tipos de interés a aplicar por dicha segunda operación extraería la demandada su beneficio.

De hecho, señalaba BS que, habiendo sido el primero de tales contratos favorable a la actora, la misma no había hecho valer queja alguna sino cuando los ulteriores "swaps" le han resultado perjudiciales.

Por otro lado e incluso para el negado supuesto de apreciarse la concurrencia de algún tipo de error en cuanto al producto contratado por C y sus riesgos, el mismo no sería inexcusable e invalidante de los contratos suscritos por cuanto de la mera lectura de los mismos podía la demandante corroborar el producto y sus condiciones y solicitar cuantas aclaraciones al respecto considerara oportunas, lo que no hizo.

Por último y subsidiariamente, para el supuesto de anularse las dos operaciones controvertidas, consideraba la demandada que dicha declaración y sus consecuencias deberían asimismo afectar al primer "swap" suscrito por las partes y que, reiteraba, había finalizado

favorablemente para C ..

Se comparte la postura de la parte actora.

De tal modo y desde un punto de vista normativo, dígase que, en materia de obligaciones y contratos, el artículo 1091 del Cc establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, debiendo cumplirse según su tenor y quedando las partes obligadas no sólo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, sin que en ningún caso el cumplimiento del contrato pueda quedar al arbitrio de una las partes contratantes (artículos 1258 y 1256 del mismo cuerpo legal). Y, ya en lo atinente a la validez y nulidad contractual, establece el artículo 1254 del Cc que "El contrato existe desde que una o varias personas consiente en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". Además y a tenor del artículo 1261 del Cc que "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca", siendo que, por lo que ahora interesa, el artículo 1265 del Cc establece que "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo".

Ahondando en ello y dado que ha sido objeto de alegación por la actora la concurrencia de cierto vicio en el consentimiento contractual por ella prestado en relación con la transacción llevada a cabo con BS, el artículo 1266 del Cc concreta por su parte que "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección". Añadiendo el artículo 1269 de igual texto normativo que "Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho", estableciendo seguidamente el artículo 1270 del Cc que "Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios".

Además y pese a compartir la postura de BS sobre ser cuanto menos discutible que CDA ostente frente a la demandada la condición de consumidora o usuaria (por cuanto, a la vista de lo establecido en el artículo 2 de la LGDCyU, no actuaba C .. en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional), ello no supone que no exista otra normativa que, especialmente tuitiva de igual modo con el derecho de información de los contratantes, sí resulte de aplicación para la resolución del supuesto enjuiciado en tanto que relación jurídica desarrollada en el sector bancario o financiero.

De tal modo, deberá estarse a lo dispuesto en los alegados por la actora Directiva MIFID, Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre las medidas de reforma económica, y LDIEC y, aún, en el ámbito de las condiciones generales de contratación con las que se integran los contratos discutidos, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación (en adelante, LCGC).

En concreto y a tenor sobretodo de los dos primeros instrumentos normativos citados, debe destacarse por lo que ahora interesa el

intento y finalidad de los mismos de garantizar un adecuado derecho de información en el ámbito de los productos y mercados financieros de suerte que la misma sea imparcial, clara y no engañosa para todos cuantos contraten en dicho ámbito.

Así por ejemplo, el artículo 27 de la Directiva MIFID viene a regular una serie de condiciones necesarias para que dicha información cumpla con tales características (tales como la inclusión del nombre de la empresa de inversión, la indicación no sólo de los beneficios potenciales del producto comercializado sino también de sus posibles riesgos, la no ocultación o encubrimiento de puntos o advertencias importantes, ...), debiendo ser en fin suficiente la información suministrada y, en especial, comprensible para cualquier integrante del grupo medio al que se dirige o para cualquier probable receptor de la información.

Además, continua la Directiva MIFID, cuando la información prestada indique resultados anteriores de un instrumento financiero, un índice financiero o un servicio de inversión, la misma deberá incluir datos apropiados sobre resultados en los cinco años inmediatamente anteriores, o sobre todo el período durante el cual se haya ofrecido el instrumento financiero, advirtiendo además que las cifras se refieren al pasado y que los resultados anteriores no son un indicador fiable de resultados futuros.

Por otra parte y a tenor del artículo 28 de la Directiva MIFI, deberá garantizarse también especialmente la categorización de los clientes en minoristas, clientes profesionales o contrapartes elegibles, de suerte que el modo de prestar la información sobre un eventual producto financiero a contratar se adecue al perfil del cliente, debiendo proporcionarse cumplidos datos tomando en consideración la situación y nivel de conocimientos del cliente, informándole en especial de los riesgos conexos al instrumento financiero de que se trate, incluido el de pérdida total de la inversión, la volatilidad del precio de dichos instrumentos y el hecho de que un inversor podría asumir, además del coste de adquisición de los instrumentos, compromisos financieros y otras obligaciones, incluidas obligaciones contingentes, como consecuencia de operaciones con dichos instrumentos (artículo 31 y concordantes de la Directiva MIFID).

De igual modo y según el artículo 33 de la Directiva MIFID, la empresa proporcionará a los clientes minoristas el coste de cuantos honorarios, comisiones y gastos conexos conlleve la contratación de que se trate o, en cualquier caso, las bases para su cálculo.

Y, en fin, la empresa que comercialice cualquier instrumento o producto financiero, valorando las características especiales y solvencia del cliente, deberá recomendar tan sólo aquellas operaciones que respondan a los objetivos de inversión de dicho cliente y que el mismo pueda asumir, absteniéndose de aconsejar la suscripción de cualquier producto que no se adecue a dicho perfil de idoneidad y conveniencia (artículos 35, 36 y 37 de la Directiva MIFID).

Por otro lado y a tenor del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre las medidas de reforma económica, las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles, sin que la contratación de dicha cobertura suponga la modificación del contrato de préstamo hipotecario original (artículo

19).

En fin y por último, según disponen los artículos 7 y 8 de la LCGC, no quedarán incorporadas en los contratos integrados por condiciones generales de contratación aquéllas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, así como cuantas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato, disponiéndose incluso la nulidad de las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Pues bien, aplicando dicha normativa al supuesto enjuiciado y valorando esta Juzgadora la prueba practicada al respecto conforme a lo dispuesto en los artículos 217, 218, 281, 316, 319, 326, 376, 385, 386 y concordantes de la LEC, se concluye que, en efecto y tal y como consideraba la demandante, procede declarar la nulidad de los contratos de permuta financiera o "swaps" suscritos por la misma con BS en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008, tanto en aplicación de la normativa general contenida en el Cc acerca de la inexistencia o nulidad de los contratos en los que concurra algún vicio invalidante del consentimiento negocial tal como el error inexcusable, como en aplicación de la normativa específica en el ámbito de que tratamos y antes referida, incumplida por la mercantil demandada en lo que al deber de información correcta, completa, previa y comprensible a prestar a la contratante hace referencia.

En primer lugar y antes de entrar de lleno sobre ello, deben realizarse algunas consideraciones respecto de la pretensión ventilada por C en su demanda, no habiendo escapado a la entidad demandada la falta de claridad de dicha demanda en tal sentido toda vez que, aunque en su suplico se limitaba la entidad actora a solicitar la "resolución del contrato objeto de litigio", a lo largo de los hechos y fundamentos de derecho alegados hacía hincapié CDA en petitionar la nulidad, rescisión o resolución contractual con fundamento en la existencia de un vicio en el consentimiento negocial prestado por CDA como era el error inexcusable sufrido sobre el objeto del contrato y derivado de la falsedad civil, dolo y falta de información en que habría incurrido BS.

Pues bien, tal y como fue objeto de aclaración por la parte actora al resolver sobre dicha cuestión en el acto de la audiencia previa (artículo 424 de la LEC), su pretensión se ceñía en exclusiva a obtener la declaración de nulidad contractual con fundamento en la existencia de un vicio en el consentimiento negocial prestado por CDA, por lo que, tratando ahora de clarificar el citado suplico a tenor del resto del contenido de la demanda, será dicha cuestión la única objeto de análisis en la presente resolución.

Y, además, referida a todos los "swaps" suscritos por las partes por cuanto, pese a haber indicado la demandada en su contestación que de contrario no se promovía la declaración de nulidad y consecuente restitución de prestaciones en cuanto al primer "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006 por cuanto el mismo benefició a C, es de observar que ello no es así por cuanto, al margen de indicarse que dicho contrato fue cancelado por el segundo "swap" de 31 de octubre de 2007, no hallándose pues ya vigente, es de ver que, pese a ello, la entidad actora también instaba en la demanda la recíproca

restitución de las prestaciones que a raíz de dicho primer contrato se verificaron, si bien, a determinar ulteriormente dicho saldo de abonos e ingresos en tanto manifestaba no disponer del mismo (final del Hecho Noveno de la demanda).

Aclarado ello y entrando entonces sobre la controversia de los litigantes en los términos vistos, procede como se avanzaba la estimación de la demanda.

De tal modo y saliendo al paso de la tesis sostenida por BS sobre la falta de complejidad del producto contratado por C , comprensible por su mera lectura, sobre su carácter autónomo y desvinculado de la financiación que la actora tenía suscrita con la entidad bancaria demandada y sobre el cumplimiento por su parte de todas aquellas exigencias relativas al derecho de información del cliente contratante, contenidas de igual modo en el propio texto de los contratos suscritos, debe decirse que, en contra de ello, tanto la documental obrante en autos como, en especial, las manifestaciones vertidas en el acto del juicio por Doña

, legal representante de la actora, y por los testigos Don D G M y Doña M R B(, estos últimos como empleados de BS que intervinieron en la negociación y suscripción de los contratos discutidos, han puesto de manifiesto que nos hallamos ante una figura contractual de cierta complejidad y que la información proporcionada por la demandada a la actora sobre la misma, sus condiciones y consecuencias, fue confusa y no gozó de la transparencia y suficiencia requeridas legalmente.

Digase así en primer lugar que, según se considera probado, la suscripción de los "swaps" ofrecida por BS a C y finalmente contratada no se presentó como una operación autónoma de otros instrumentos crediticios que ligaban a las partes sino como un producto vinculado a los mismos y, al hilo de lo indicado por la actora, como una suerte de aseguramiento de las eventuales fluctuaciones a la alza del tipo de interés convenido en tales operaciones crediticias que pudieran perjudicar a C .

De tal modo y además que, según es de ver del propio tenor de los "swaps" suscritos (documentos número 2, 4 y 5 de la demanda), se asocian confusamente los mismos a otra operación de "financiación", presentándolos como una "cobertura", debe destacarse que, suscritos sucesivamente los contratos por la actora en fechas 11 de octubre de 2006, 31 de octubre de 2007 (cancelando éste el anterior) y 28 de octubre de 2008, C . tenía en marcha en efecto en tales momentos al menos dos operaciones crediticias con BS (documentos número 1 y 3 de la demanda), habiendo manifestado la Sra. en el acto del

juicio, de forma totalmente coherente y creíble, que los "swaps", cuya suscripción además no fue interesada por ella sino que le fue ofrecida por la entidad demandada (también relevante dicho dato), fueron suscritos por CDA en la creencia, promovida por la Directora de la oficina Sra. Ramon con quien tenían cierta confianza, de que los mismos les protegían frente a los hipotéticos aumentos que el EURIBOR contratado en los créditos suscritos pudiera sufrir. Así también, el testigo Sr. G que, como empleado de BS, depuso en el juicio, reconoció que los "swaps" se ofertaban como productos de cobertura en relación con otros préstamos u operaciones crediticias ya existentes, coincidiendo con dicha exposición la también testigo Sra. R , quien, como se ha dicho, trató personalmente con la C . a través de la Sra. (de hecho, es de observar que la Sra. R compareció por la entidad demandada en la suscripción de los

préstamos hipotecarios suscritos por la actora, según consta en los

documentos número 1 y 3 de la demanda). Y, aunque precisaron ambos testigos que dicha cobertura lo era en relación con todas las operaciones crediticias que C tuviera con cualquier entidad, no sólo con la demandada, no se ha acreditado que existiera ninguna otra al margen de las indicadas como suscritas con BS.

En cualquier caso y pese a dicha presentación del producto, el mismo constituía en realidad una relación contractual en virtud de la cual, en resumidas cuentas, se convenía una permuta de intereses en la que, sobre la base de una referencia, BS abonaría unas cantidades a C para el caso de que determinados índices superaran aquella, haciéndolo C a BS si dichos índices quedaban por debajo de dicha referencia, "cubriendo" a su vez BS el riesgo asumido a través de dicha transacción con otro contrato suscrito con otra entidad financiera, de cuya negociación en cuanto a los tipos de interés a aplicar por dicha segunda operación extraería la demandada su beneficio.

Luego, mal debió cumplir la demandada con su obligación de informar de forma clara y concreta a la actora sobre el producto que le ofertó cuando C creyó estar contratando algo tan distinto a lo que verdaderamente se suscribió. De hecho y confirmando que es cuanto menos dudoso que la actora comprendiera el efectivo alcance y efectos de la operación contratada, es de destacar que, pese a que el primer "swap" suscrito le era beneficioso, firmó posteriormente otros, el segundo y el tercero, en el que, sorprendentemente, se canceló el primer contrato y se modificaron en su perjuicio los importes nominales, tipos de interés aplicados y plazo de vigencia pese a que las circunstancias económicas y financieras entre las partes eran las mismas (se reitera, no se ha acreditado la suscripción por C de otros créditos o riesgos con otras entidades), careciendo de toda lógica que CDA estuviera interesada (al menos, conscientemente y sabiendo lo que contrataba) en empeorar las condiciones de dicha primera operación o "swap". No en balde, la actora ha negado también haber sido informada de dichos cambios con la suscripción del segundo y tercer "swap" y de los eventuales y elevadísimos costes que se derivarían de una cancelación anticipada de los productos. Añadiéndose también que no se ha probado en modo alguno que C o sus integrantes gozaran de especial cualificación en el ámbito de las finanzas, antes lo contrario, siendo "a priori" una clínica odontológica que, según parece, trató de realizar algunas sencillas inversiones inmobiliarias con la adquisición de dos pisos para los que, precisamente, suscribió con BS la financiación antes indicada.

Pero es que, es más, confirmando la deficiente información sin duda suministrada a la actora, resulta que el propio redactado de los "swaps" firmados es farragoso y de difícil comprensión, con la incorporación de términos financieros específicos tales como "Knock-in", entre otros. De igual modo, tales "swaps" remiten a una suerte de "Contrato Marco de Operaciones Financieras en la forma publicada por la Asociación Española de Banca Privada (AEB)" que no se incorpora, así como a condiciones o efectos no concretados tales como, al hilo de lo antes indicado, los costes derivados de una eventual cancelación anticipada del contrato y los factores que pudieran afectar a la cobertura del producto, haciendo referencia asimismo a cuadros de amortización tampoco especificados.

Por otra parte y pese a haber defendido la parte demandada la sencillez del producto financiero analizado, no puede sino indicarse que por su propio concepto y objeto, antes indicados, con la

implicación no tan sólo de los intereses de los propios contratantes sino de los de otros vinculados a dicha operación (tales como las entidades aseguradoras del riesgo de BS) y desconocidos para CDA, se confirma en cambio su complejidad.

Complejidad ésta, finalmente, no salvable por la mera lectura de los "swaps" por cuanto, además de reiterar lo ya dicho sobre su redactado, especialmente ilustrativa resultó la testifical de la Sra. Ramón quien, a la vista que tuvo los contratos y los leyó, tampoco supo cómo interpretarlos en muchos de sus puntos. Y eso que dicha persona, especialista en economía o cuanto menos dedicada profesionalmente al sector bancario y financiero, fue la que debía informar a la Sra. del contenido y efectos de tales convenios.

Finalmente, tampoco obsta a lo expuesto el hecho de que la actora no hubiera planteado queja alguna cuando recibió beneficios del primer "swap", no pudiendo considerarse ello un acto propio a los efectos de la normativa y jurisprudencia existente en la materia (artículo 111.8º de la Primera Ley del Código civil de Cataluña). Así y además de que, según se ha dicho, dicho contrato fue modificado ulteriormente sin que conste en qué concretos términos se informó al respecto a la actora, debe partirse de que la misma creía contratar un seguro, por lo que es lógico pensar que, con fundamento en tal creencia, no le extrañara la percepción de beneficios, no siendo sino posteriormente, con la modificación en su perjuicio del primer "swap" y la llegada de importantes pérdidas, cuando CDA se viera inquietada sobre el alcance del producto realmente contratado.

En fin, los productos financieros recomendados a C por BS y finalmente suscritos no eran quizás los más adecuados al perfil personal y financiero de dicha contratante en los términos de la normativa antes expuesta, no habiendo valorado pues correctamente BS la idoneidad y conveniencia de dicha contratación (parece poco adecuado que BS pudiera haber efectuado dicha valoración con ciertas garantías con el escueto formulario suscrito por CDA (en octubre de 2008, además) y aportado como documento número 1 de la contestación, que prácticamente ningún dato aportaba) y, desde luego, no habiendo cumplido correctamente con su deber de información en los términos exigidos, promoviendo por ello el error inexcusable que indujo a C a formalizar los indicados contratos.

Procede, por lo tanto, dar lugar a la predicada por la actora nulidad de los contratos controvertidos con fundamento en el error inexcusable sufrido por la misma en la contratación como vicio contractual derivado de una defectuosa información proporcionada por la demandada en contra de la normativa antes citada, procediendo también, como consecuencia legal de ello (artículos 6.3º y 1303 del Cc), la restitución por las partes de las prestaciones recibidas. Esto es y para C debiendo la misma restituir a BS en la suma de .-5.118'17.- euros percibida a resultas de los "swaps" suscritos en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008 así como la que en su caso resulte del "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006, a fijarse dicho saldo en ejecución de sentencia y habiéndolo así solicitado la actora, y debiendo BS restituir a C en la suma de .-25.541'77.- euros percibida a resultas de los "swaps" suscritos en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008 así como la que en su caso resulte del "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006, a fijarse dicho saldo, de nuevo, en ejecución de sentencia (no se considera posible su fijación por el momento pese a la liquidación aportada por la demandada como documento número 2 de su

contestación, no expresiva de saldo alguno), no habiendo sido objeto de controversia la cuantificación efectuada de dichos saldos por la actora en su demanda y que ahora viene a acogerse.

Dicha postura, además, está siendo la adoptada por otros Juzgados al resolver sobre cuestiones análogas a las aquí suscitadas tales como por la Audiencia Provincial de Pontevedra en su sentencia de 7 de abril de 2010, la Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 27 de enero de 2010, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao en su sentencia de 15 de marzo de 2010, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Vigo en su sentencia de 26 de marzo de 2010.

CUARTO.- Por otro lado y prefijado lo anterior, debemos pronunciarnos también acerca del devengo de los intereses moratorios derivados del pago de la mencionada cantidad, siendo ésta una pretensión igualmente deducida por la parte actora en su demanda.

En tal sentido y a falta de petición concreta alguna de la parte actora, no estimándose además de aplicación lo previsto en el artículo 1108 del Cc por cuanto las sumas objeto de condena no han sido impuestas sino a resultas de esta resolución, pendientes incluso algunas de liquidación en cuanto al "swap" suscrito por las partes en fecha 11 de octubre de 2006, cabrá estar tan sólo a lo prevenido en el artículo 576 de la LEC, en virtud del cual la cantidad objeto de condena devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución y hasta el completo pago de lo debido, siendo dichos intereses susceptibles de imposición de oficio por el Juzgador (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo del 2001, entre otras).

QUINTO.- Finalmente y por lo que a las costas procesales derivadas de este pleito se refiere, siendo íntegra la estimación de las pretensiones sostenidas por la actora en la demanda y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394.1º de la LEC, procederá su imposición a la parte demandada.

Vistos los citados artículos,

FALLO

ESTIMAR íntegramente la demanda formulada en su día por **C** , contra **BS**, con los pronunciamientos siguientes:

1. DECLARAR la nulidad de los contratos de permuta financiera o "swaps" suscritos entre **C** y **BS** en fechas 11 de octubre de 2006, 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008.

2. CONDENAR a la actora **C** a la restitución a **BS** de la suma de CINCO MIL CIENTO DIECIOCHO con DIECISIETE (.-5.118'17.-) EUROS percibida a resultas de los "swaps" suscritos en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008 así como la que en su caso resulte del "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006, a fijarse dicho saldo en ejecución de sentencia. Cantidad ésta que devengará también para **BS** la obligación de pago de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, 17 de enero de 2011, hasta el efectivo y completo pago de lo debido.

3. CONDENAR a la demandada **BS** a la restitución a **C** de la suma de

VEINTICINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y UNO con SETENTA Y SIETE (-25.541'77.-) EUROS percibida a resultas de los "swaps" suscritos en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008 así como la que en su caso resulte del "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006, a fijarse dicho saldo, de nuevo, en ejecución de sentencia. Cantidad ésta que devengará también para BS la obligación de pago de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, 17 de enero de 2011, hasta el efectivo y completo pago de lo debido.

3. CONDENAR a la demandada BS al pago de las costas procesales causadas en este pleito.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber, conforme a lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma **NO ES FIRME** y que, contra ella, cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** que, en su caso, deberá prepararse ante este Juzgado para ante la Audiencia Provincial de Barcelona dentro de los **CINCO (-5.-) DÍAS** siguientes al de la notificación de esta resolución (artículos 455 y siguientes de la LEC), indicándose que, conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, deberá en su caso constituirse por el recurrente un depósito de **CINCuenta (-50.-) EUROS** a consignar en la oportuna entidad de crédito y en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, con la advertencia de que, en caso de no verificarse dicho depósito, acreditándolo, no se admitirá a trámite la preparación del citado recurso.

Llévese el original al libro de sentencias de este Juzgado.

Así lo acuerdo, mando y firmo, Doña MARIA EVA MIMBRERA TORRES, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Barcelona.

PUBLICACIÓN.- Dada cuenta, leída y publicada que ha sido la anterior sentencia, por la Magistrada-Juez que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública, en el mismo día de su fecha. Doy fe.