

Juzgado Primera Instancia 3 Lleida (ant.CI-3)
Canyeret, s/n
Lleida Lleida

Procedimiento Procedimiento ordinario 1122/2010 Sección

Parte demandante , S.L.
Procurador JORDI DAURA RAMON
Parte demandada CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA
Procurador SAGRARIO FERNANDEZ GRAELL

SENTENCIA Nº 15/11

En Lleida a 19 de enero de 2011.

El Ilmo. Sr. DON DIEGO GUTIÉRREZ ALONSO, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Lleida; habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario promovidos por el/la PROCURADOR/A SR/A, Daura en representación de , S.L. y asistido en calidad de LETRADO/A por el/la Sr/a. Rubio contra CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA representado por el/la PROCURADOR/A SR/A. Fernández y asistido/a por el/la LETRADO/A SR/A. Fernández, dicta la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por la representación del actor se presentó demanda de juicio ordinario, arreglada a las prescripciones legales en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos y que se dan por reproducidos suplicó que se dictara sentencia de conformidad con el suplico de su demanda.

SEGUNDO - Repartida la demanda a este Juzgado se emplazó a la parte demandada que contestó en tiempo y forma. Se citó a las partes a la celebración de la audiencia previa donde propuesta y admitida la prueba, se practicó en el acto del juicio y quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - La acción interpuesta. La parte actora ejercita la acción de nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 13 de agosto de 2008 y las sucesivas confirmaciones de fechas 14 de agosto de 2008 y 22 de diciembre de 2008 con base en los artículos 1261, 1262, 1265, 1266 y 1303 del CC en relación con el artículo 79 bis de la LMV y el RD 217/2008 de 15 de febrero.

SEGUNDO - Concepto y naturaleza del producto financiero. La demanda interpuesta hace referencia a la firma de un contrato marco de operaciones financieras y posteriormente se menciona la firma de un contrato de los denominados SWAP. Es preciso hacer una breve mención a las permutas financieras, su concepto, clases y naturaleza para saber realmente ante qué tipo de

entidades de referencia y finalmente se ha conseguido el llamado "coste de la cancelación". Evidentemente también hubiese sido posible obtener ese dato antes de firmar el contrato haciendo una simulación en la que se hubiese tenido en cuenta la eventual bajada de los tipos de interés. El Sr. Barberá afirma que se hicieron cálculos, pero esos cálculos no se refirieron a este supuesto ya que reconoce que no se le explicó al cliente este concepto. En cualquier caso, aunque el testigo indica que se exhibieron dosieres y se hicieron cálculos, no se ha aportado ese dossier ni las hojas con los ejemplos practicados. No es posible considerar que se llegó a entregar ese dossier ni los ejemplos efectuados porque no se ha acreditado su existencia ni tampoco podemos saber su contenido y alcance informativo.

Pues bien, como decía al hablar de la regulación normativa, la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su norma 3ª, punto 1, párrafo cuarto se indica que "En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad". Así, en los contratos deben reflejarse las indemnizaciones o penalizaciones por incumplimiento o para compensar el lucro cesante, algo que tal y como he analizado no ocurre en el presente caso ya que la explicación del cálculo es críptica y no permite conocer la cantidad aproximada que supone esa penalización.

No cabe duda de que estamos ante la omisión de información relevante sobre el contenido y los efectos del contrato que se iba a firmar, y ello ha viciado el consentimiento hasta el punto de que puede concluirse que si se hubiesen conocido los datos omitidos, no se hubiese contratado. Estos elementos del contrato inciden en la esencia y la sustancia del contrato y sobre todo la omisión de información sobre "la compensación" o limitación en las liquidaciones a favor del cliente. En efecto esta cláusula afecta a la causa que motivó el contrato y que es la protección frente a la subida de los tipos de interés, tal y como explicó el Sr. B. Esta protección es limitada ya que aunque se pueda pensar que, en un periodo de tendencia bajista de los tipos, los cargos se compensarán con los abonos, ello no es del todo cierto ya que esa compensación no es equivalente. En definitiva el verdadero alcance y fin del contrato queda parcialmente explicado y no es cierto que estemos ante un contrato conveniente en atención a la subida creciente de los tipos de interés que es lo que, según el gestor de empresas, le motivó para recomendar el contrato. Si esta fuera la verdadera finalidad del contrato no haría falta una limitación como la pactada y desde luego, si esta fuera la finalidad del contrato, no sería necesario pactar una duración del contrato de cuatro años, cuando realmente el producto al que parece vincularse, la póliza de crédito, solo tiene una duración anual.

En efecto, resulta también interesante observar que la idea de firmar este producto es la de evitar que la tendencia alcista de los tipos de interés perjudique al cliente a la hora de pagar el interés por las disposiciones de la póliza de crédito. Esto hubiese dado lugar a firmar un *collar* pero lógicamente de la misma duración que dicha póliza de crédito y sin embargo el *collar* se firma por cuatro años. Es decir, aunque la póliza de crédito no se prorrogase, el producto financiero seguiría operando de forma autónoma por lo que puede decirse que se indujo a error al

cliente en cuanto a la verdadera causa o motivo del producto financiero. La naturaleza de este producto es puramente especulativa y no de protección. Así, es lo más parecido a invertir en bolsa pero sin que se llegue a explicar se esta forma y con la agravante de que aunque las acciones suban, el beneficio para el cliente está limitado.

También es importante resaltar que cuando la primera confirmación se modifica y se firma un nuevo collar el 22 de diciembre de 2008, se amplía el capital notional a 1.500.000 euros. Así, el gestor de empresas manifiesta que el notional se calculó en atención al volumen de endeudamiento del cliente, y sin embargo la póliza de crédito estaba suscrita por 100.000 euros. Es decir, a pesar de ese límite de crédito se fijó un notional de 600.000 euros, y cuatro meses después parece ser que el volumen de endeudamiento de esa empresa se había incrementado en más del doble. La demandada no ha justificado este cambio y esto es otro indicio que permite concluir que no se informó de forma cierta sobre la verdadera finalidad del contrato. El letrado de la demandada afirma que se modificó el producto en beneficio del demandante ya que se rebajó la barrera mínima de tipos de interés, lo cual dificultaba que se alcanzase el momento de pago a cargo del cliente. Esto no es así, ya que al mismo tiempo que se bajaba ese límite, se incrementaba el capital notional a más del doble, es decir, aunque la diferencia entre la barrera y el Euribor sea menor, el factor por el que se va a multiplicar va a ser mucho mayor, compensándose esa rebaja de la barrera mínima.

Todo esto pone en duda que la entidad financiera no conociese o tuviese datos para prever la bajada de los tipos. No es posible afirmar que la demandada conociese este dato y de hecho no hay prueba de ello, pero resulta curioso que después de dos años con una tendencia alcista del Euribor, se recomiende al cliente la firma de este producto justo un mes antes del desplome de este índice. Como mínimo es curioso.

En cuanto a si el error es excusable, hay que decir que nos encontramos ante un tipo de contratación muy especial por lo que no es posible hablar de diligencia normal puesto que una persona media, con formación media y empleando la diligencia adecuada, normalmente no comprende un contrato de estas características. Por ello no bastará con la letra del contrato ni su lectura sino que es precisa una información adicional, concreta, precisa, clara, con ejemplos y advertencias. Esto hace que la forma en la que proporcionó la información, su contenido y la falta de aportación del dossier o cálculos permitan considerar el error como excusable y no imputable al cliente.

SIXTO - Las consecuencias del error. Apreciado el error, el efecto es la nulidad del contrato. En este caso ya se ha explicado que el contrato marco sirve de regulación a las sucesivas operaciones o confirmaciones financieras que se firmen. De hecho la estipulación primera de este contrato marco deja claro que ese contrato marco y las operaciones financieras se integran en una relación de negocios única entre las partes. Por ello, el error afecta al contrato marco y a las dos operaciones o confirmaciones firmadas posteriormente y debe estimarse la demanda, declarándose la nulidad solicitada con restitución de las prestaciones percibidas por cada parte contratante (artículo 1303 del CC).

Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS de 22 de abril de 2005, RJ 2005/3751, entre otras muchas). Por

ello a cada prestación deberá añadirse el interés desde la fecha de cada cobro o pago (**SAP de Jaén, sección 3, de 27 de Marzo del 2009 - ROJ: SAP J 403/2009**).

SÉPTIMO - Costas. Alguna sentencia sobre este tipo de productos ha considerado que existen resoluciones contradictorias y por ello no ha impuesto las costas procesales causadas. Entiendo que no basta con que existan resoluciones en diferente sentido o con diferente fallo para no imponer las costas. Lo realmente importante es si existen dudas de hecho o de derecho, algo que no se da en este caso.

En efecto, se trata de una cuestión de valoración de prueba fundamentalmente ya que habrá que ver como se ha informado sobre el producto en cada caso concreto. Por ello, no tratándose de una cuestión jurídica, difícilmente podrán apreciarse dudas de derecho. En cuanto a las posibles dudas de hecho es evidente que la entidad demandada, a través de sus empleados, tiene la responsabilidad de informar debidamente y puesto que el error es provocado por la mala información suministrada por la propia demandada, no puede hablarse de dudas de hecho en la oposición a la demanda puesto que la demandada es consciente desde el principio del contenido del contrato y de la información suministrada por sus trabajadores.

Por todo ello procede condenar a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas de conformidad con el artículo 394.1 de la LEC.

VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente aplicación al caso de autos.

FALLO

Por todo lo expuesto,

ESTIMO la demanda interpuesta por el/la PROCURADOR/A SR/A. Daura en representación de S.L. y asistido en calidad de LETRADO/A por el/la Sr/a. Rubio contra CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA representado por el/la PROCURADOR/A SR/A. Fernández y asistido/a por el/la LETRADO/A SR/A. Fernández y por ello,

DECLARO a la nulidad de la relación contractual que vincula a las partes a raíz del contrato marco de operaciones financieras suscrito por la demandante con la entidad CAIXA CATALUNYA el 13 de agosto de 2008 y los sucesivos documentos de confirmación de 14 de agosto y 22 de diciembre de 2008.

DECLARO la nulidad de las liquidaciones trimestrales practicadas por la entidad demandada a resultas de dicha relación contractual, con obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas, con los intereses legales devengados por las mismas desde las fechas en las que se hizo efectivo el pago o cobro.

CONDENO a CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA a pagar las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Contra la presente sentencia, que no es firme cabe interponer ante este Juzgado **recurso de apelación** en el plazo de cinco días siguientes a su notificación, conforme a las disposiciones del artículo 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil Y PREVIA CONSIGNACIÓN EN LA CUENTA DE ESTE JUZGADO DEL DEPÓSITO PREVISTO EN LA DA 15ª DE LA LEC.

PUBLICACION: La anterior sentencia ha sido leída, dada y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

contrato o producto nos encontramos.

La permuta financiera en sentido amplio comprende una serie de productos financieros que dan lugar a flujos de pagos entre las partes contratantes en función de la evolución de un índice de referencia y normalmente con la finalidad de cubrir el riesgo de variación de dicho índice en relación con otras operaciones de préstamo o crédito. Dentro de estas permutas podemos encontrar los swap (que pueden ser de diversas clases) o los *collar*, siendo ambos productos, permutas financieras. De hecho el término "swap" es una palabra anglosajona que significa canje o cambio en castellano. Por este motivo a veces se utiliza la palabra swap para referirse a todo tipo de permuta financiera, cuando en realidad es un tipo o clase de permuta.

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un *collar* y no ante un *swap*. En ambos casos se parte de un capital pactado (nocional) y, siendo ambos permutas financieras, se diferencian porque el *collar* supone que si por ejemplo el EURIBOR trimestral supera un límite máximo pactado, la entidad se obliga a pagar la diferencia entre ese límite y el tipo alcanzado y si se alcanza el límite mínimo pactado, es el cliente el que debe pagar la diferencia entre el límite mínimo y el tipo vigente en ese momento. Esta diferencia se aplica en cada caso sobre el capital nocional pactado. Si el índice de referencia se encuentra dentro de esos límites mínimo y máximo, no se practica ningún pago.

Frente a ello, en el *swap* se parte de una cantidad pactada (nocional) sobre la que se harán los cálculos, se fija igualmente un índice de referencia que suelen ser los tipos de interés (el EURIBOR por ejemplo) y en atención a las subidas o bajadas de ese índice respecto a una barrera, en determinados periodos, las partes harán la correspondiente liquidación y los pagos y cobros. Así, se suele acordar que si los tipos de interés suben respecto de una concreta base y en determinados periodos, el cliente obtiene una liquidación a su favor por esa diferencia, es decir, se aplica sobre el capital pactado la diferencia entre la barrera de tipos y el tipo de interés alcanzado. Si los tipos descienden respecto de la base establecida, la liquidación es negativa y el cliente debe abonar la cantidad resultante de aplicar la diferencia sobre el nocional fijado. Existen diferentes tipos de *swap* pero esta sería la explicación más básica de este producto, para diferenciarlo del *collar*.

Como vemos la diferencia radica en que en el *collar* existen dos barreras y por lo tanto una franja en la que no se produce intercambio de pagos. Esto es lo que ocurre en el producto ante el que nos encontramos en este caso.

Según esto, con estos productos se obtienen liquidaciones o canjes periódicos cuyo resultado positivo o negativo para el cliente depende del comportamiento del índice elegido y que normalmente, y para lo que a nosotros nos interesa en este caso, son tipos de interés pero que puede tratarse del precio de una materia prima u otro valor fluctuante. Esto supone que las permutas financieras o los contratos que incorporan cláusulas de este tipo tienen un alto componente especulativo y por consiguiente un elevado riesgo, al igual que ocurre con los derivados, en las operaciones bursátiles. Su naturaleza es igual a los llamados derivados financieros como son los futuros y las opciones. Los derivados son instrumentos financieros cuyo valor viene determinado ("deriva de") el precio de un activo subyacente (intereses, acciones, divisas, bienes...) por lo que las permutas financieras con carácter general pueden considerarse productos derivados, especulativos y complejos.

TERCERO - Regulación normativa. Una vez que hemos delimitado el concepto y naturaleza de este producto, es posible subsumir de regulación dentro de

un marco normativo.

No existe una ley específica que regule las permutas financieras pero la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, establece en su considerando (2) que *"En los últimos años ha aumentado el número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encuentran una gama mucho más compleja de servicios e instrumentos. Esta evolución aconseja ampliar el marco jurídico comunitario, que debe recoger toda esa gama de actividades al servicio del inversor. A tal fin, conviene alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección y permitir que las empresas de inversión presten servicios en toda la Comunidad, ya que se trata de un mercado único, tomando como base la supervisión del país de origen. En vista de lo anterior, la Directiva 93/22/CEE debe ser sustituida por una nueva Directiva"*. El considerando (3) añade que *"Debido a que los inversores dependen cada vez más de las recomendaciones personalizadas, es conveniente incluir el asesoramiento en materia de inversión entre los servicios de inversión sujetos a autorización"*. La trasposición de esta directiva ha dado lugar a la reforma de la Ley del Mercado de Valores (LMV). Esta norma es aplicable al tema que ahora nos ocupa ya que su artículo 2.2, al regular el ámbito de aplicación, menciona los *"contratos de opciones, futuros, **permutas**, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo"*, lo cual encaja con el concepto que ya he definido.

El Servicio de Reclamaciones del banco de España (SRBE) ha puesto de manifiesto que esta Directiva evitará en el futuro que los clientes corran el riesgo de adquirir productos cuya complejidad, es posible que ni siquiera la red comercial de las propias entidades logre comprenderlos/explicarlos con total claridad (memoria 2008, pág. 207-208).

A esta normativa general debe añadirse todo el cuerpo de normas relativas a la transparencia o información bancaria, ya que el fondo de este litigio gira en torno a la información suministrada por la entidad demandada. Así, cabe destacar el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, pueda dictar normas que garanticen la claridad y transparencia de las operaciones financieras. Fruto de esta habilitación destaca la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, por la que se fijan los tipos de interés y comisiones, así como las normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito. También resaltan dentro de este grupo de normas sobre transparencia bancaria, la Orden EHA/1665/2010, de 11 de junio, por la que se desarrollan los artículos 71 y 76 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en materia de tarifas y contratos-tipo.

El Banco de España a su vez, emitió la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela en cuya norma 3ª, punto 1, párrafo cuarto se indica que *"En las tarifas de comisiones y gastos*

repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad.

Como se indica en la SJPI N° 15 de Zaragoza de 15 de Septiembre del 2010 (ROJ: SJPI 21/2010), existen diversas Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España de fechas 3/6/2009, 23/6/2009 y 24/6/2009, de las que se puede concluir que:

- el contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.

- para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

- se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

- entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

CUARTO - La condición o experiencia del demandante y El iter contractual seguido. Los artículos 78 y siguientes de la LMV regulan las obligaciones de transparencia e información de las entidades que presten servicios financieros. En particular el artículo 78 bis exige que las empresas de inversión que clasifiquen a sus clientes en profesionales o minoristas, de manera que *tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.* El legislador basa esta presunción de experiencia en la condición de entidad financiera, organismo público o empresario con un alto volumen de activo o de negocio, si bien también es posible renunciar expresamente a la condición de cliente minorista (no profesional) rellenando un cuestionario que permita comprobar que se cumplen dos de estas tres condiciones:

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

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

euros;

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

El artículo 79 bis impone a los profesionales el deber de informar a los clientes, incluidos los clientes potenciales, de manera comprensible, sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les 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. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. La información debe contener recomendaciones y advertencias sobre el riesgo de los productos contratados y es importante insistir en que a fin de poder valorar la adecuación de los productos ofrecidos a cada cliente, las entidades deben recabar información sobre la experiencia de esos clientes a la hora de contratar ese tipo de productos.

Estas exigencias de información al cliente y valoración de sus conocimientos o idoneidad para contratar productos complejos se ha desarrollado a su vez en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

Así, las entidades financieras tienen la obligación de clasificar a sus clientes. En nuestro caso, debe comenzarse por resaltar que el cliente ahora demandante tenía suscrita con la demandada una póliza crédito desde el 30 de septiembre de 2004, con un límite de disposición de 100.000 euros y de duración anual (documento nº 2 de la demanda). Por lo tanto el 29 de septiembre de 2008 vencía la citada póliza y coincidiendo con su renovación se firmó el 13 de agosto de 2008 el contrato marco de operaciones financieras y al día siguiente el primer "collar" (documento nº 8 de la demanda). En este momento la entidad financiera califica al cliente como MINORISTA, es decir, no profesional tal y como se aprecia en la última hoja del documento nº 7 de la demanda (contrato marco). Este "collar" entró en funcionamiento con las condiciones o tipos que figuran en la primera hoja del documento 8 de la demanda, tomando como base de los cálculos 600.000 euros, pero curiosamente en tan solo cuatro meses se decidió modificar el producto a pesar de estar pactado inicialmente hasta el 20 de agosto de 2012.

La parte demandante afirma que se le obligó a firmar ese primer producto para renovar la póliza, pero no está demostrado y no puede ser tenida en cuenta tal afirmación. No obstante sí que parece que la cancelación del primer "collar" para firmar el de 22 de diciembre de 2008, obedeció a la bajada de los tipos de interés en octubre de 2008 y que dio lugar a pagos a cargo del cliente. Ante esta situación las partes convinieron cancelar el primer "collar" sin coste o contraprestación alguna pero manteniendo la firma de este tipo de producto con nuevas condiciones. Sin embargo en el momento de firmar el segundo producto, en diciembre de 2008, la entidad financiera efectúa finalmente un test de conveniencia y califica al cliente como experto. Pero la afirmación de que en el momento de firmar el segundo collar, el cliente era experto porque ya había firmado otro producto similar anteriormente,

es totalmente interesada, desviada de la realidad y en modo alguno se ajusta a la verdadera condición del cliente. Resulta ridículo que cuatro meses antes se calificase al cliente como minorista y en diciembre de 2008 se hubiese convertido en experto después de una sola liquidación (trimestral) del primer producto. De hecho no puede defenderse que se había firmado ya otro producto anteriormente porque en realidad el segundo collar trae causa del anterior y en definitiva se trata de una modificación del primero ante las quejas del cliente.

A todo ello se añade que el gestor de empresa de la entidad demandada, no sin ser evasivo al principio, termina reconociendo que el representante de la empresa demandante no puede ser considerado como un profesional en este tipo de productos que ahora nos ocupan. Aunque este testigo afirma que la empresa contaba con un asesoramiento por parte de un experto financiero, lo cierto es que se reconoce que las explicaciones del producto se le dieron solo al representante de la empresa y en el test de conveniencia por el que se le califica como experto (documento nº 2 de la contestación), se responde que el cliente no cuenta con un departamento financiero. También debe observarse que el artículo 78 bis 3, c) de la LMV considera que son clientes expertos "Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

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

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

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

No se aprecia que en el cuestionario se cumpla con dos de estas condiciones y de hecho la ley habla de recursos propios, que es el patrimonio neto, y en el cuestionario se pregunta sobre la facturación que es algo diferente. Por supuesto tampoco se cumplen las condiciones de la letra e) para renunciar a la condición de minorista.

Así, debe concluirse que por mucho que finalmente la entidad haya calificado como experto al demandante, esa calificación es errónea y debe partirse de la consideración del demandante como minorista a los efectos de la resolución de este litigio. Esto es importante ya que si partimos de la identificación del cliente como no profesional y se ha interpuesto una acción con base en la existencia de error por defectos de información, la carga de la prueba de la adecuada información sobre el producto recaerá sobre la entidad financiera demandada. No hay duda de que no es posible demostrar un hecho negativo como es la falta de información, por lo que será la demandada la que podrá y deberá acreditar la adecuada información al cliente ya que al no ser profesional no puede presumirse que conoce el producto (SJPI de Oviedo Nº 10 de 7 de Octubre del 2010 - ROJ: SJPI 20/2010, SJPI de Zaragoza Nº 15 de 15 de Septiembre del 2010 - ROJ: SJPI 21/2010, SAP de Pontevedra, sección 1, de 27 de Mayo del 2010 - ROJ: SAP PO 1780/2010). Aunque con carácter general la prueba de los vicios del consentimiento incumbe a quien la alega puesto que la voluntad se presume libre, en esta materia concreta se está aceptando una inversión de la carga de la prueba por la jurisprudencia.

QUINTO - Los vicios del consentimiento. El error. Por lo que respecta al error el artículo 1266 del CC establece 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. La STS, Sala 1ª, de 17 de febrero de 2005 indica que "ha

de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (SS 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras)". En definitiva el error ha de recaer sobre la esencia del contrato y ha de ser excusable.

Respecto a la esencia o sustancia del contrato ya hemos visto cuál es su funcionamiento y finalidad por lo que habrá que compararlo con la explicación que se dio al cliente sobre el producto. En nuestro caso hay que tener en cuenta sobre todo la declaración del gestor de empresas, Sr. Barberá, ya que el director de la sucursal, Sr. Verdés, no intervino en el asesoramiento sobre este producto. El Sr. Barberá afirma que fue quien sugirió a la empresa demandante a través de su administrador, la contratación de este producto y explica que la motivación de esta sugerencia se encuentra en la tendencia alcista de los tipos de interés, lo cual podía aconsejar suscribir un producto para protegerse de ello. Comenzamos con una cierta confusión por parte del testigo ya que nada más empezar insiste en que sabe perfectamente que no se trata de un seguro y que no se vendió como tal, pero sin embargo al explicar las razones de este producto, se trata de hacer ver que es un medio de protegerse o cubrirse frente a los tipos de interés. Este matiz no es lo decisivo ni lo relevante para resolver la controversia, pero resulta curioso. Se trata de un producto especulativo al igual que la inversión en bolsa, pero en ningún momento se define de esta forma la naturaleza del producto, lo cual incide en el verdadero conocimiento que el cliente tiene de la esencia del mismo.

Si bien se comenzó interrogando al señor Barberá sobre cómo funciona un "collar", se ha corregido la pregunta por este juez, solicitando que explique cómo explicó el producto al cliente, ya que es lo verdaderamente relevante. No se trata de saber si el gestor conoce el producto (seguro que lo conoce, sobre todo el día del juicio), sino que se trata de comprobar qué información facilitó y cómo lo hizo. Partiendo de esto, se puede concluir que el señor Barberá explica el funcionamiento general del producto de forma correcta, tal y como ha sido descrito anteriormente. Esta mecánica general incluso puede advertirse que explicada con cierto detalle o tranquilidad no es difícil de llegar a entender, si bien finalizada la explicación se observa que el problema se encuentra no en lo explicado sino en lo que no se llegó a explicar.

En efecto, se explicó la mecánica principal del producto pero no se hizo referencia alguna a dos condiciones esenciales:

1) La llamada "compensación".

En cuanto a "la compensación" hay que observar que a lo largo de toda la explicación dada por el señor Barberá, en ningún momento hace mención a esta previsión contractual que sencillamente establece un límite a los pagos que pueda tener que hacer la entidad a favor del cliente, mientras que cuando es el cliente el que debe pagar por saldos negativos, no se fija ningún límite. Sólo cuando este Juez le pregunta sobre esta cláusula, el señor Barberá hace mención a ella, por lo que cabe pensar que no explicó este detalle al demandante ya que cuando se le pide que indique la información que transmitió, no mencionó este detalle.

Se trata de un elemento capital del contrato ya que hay que tener en cuenta

que se trata de un contrato de cuatro años de duración y por lo tanto, si bien es cierto que se puede comprender y asumir que habrá trimestres en los que el cliente tendrá que pagar al banco, se cuenta con que haya otros meses en los que se puedan compensar los pagos con abonos a cargo de la caja. Sin embargo en este juego de pagos y cobros, a nadie se le escapa que será esencial conocer y comprender que los pagos efectuados por el banco contarán con un cierto límite, mientras que los pagos que el cliente deba llevar a cabo no contarán con ningún límite. Dicho de otra manera, basta con que el cliente tenga que pagar unos pocos trimestres para que, aunque el resto del periodo le resulten diferenciales a su favor, nunca pueda compensar lo que ha tenido que pagar al banco. Es una información esencial para poder formar la voluntad contractual por lo que cabe pensar que si el cliente hubiese conocido este detalle, no hubiese firmado el contrato. Según las condiciones de la página 2, el banco tendrá limitado su riesgo a un 0'61 % e incluso si el Euribor 3M supera el 5'5 %, aún se reduce más el pago, al 0'25 por ciento. Frente a ello, en septiembre de 2009, cuando el Euribor rondaba el 1'3 %, el cliente debía pagar como diferencial un 1'3 % pero incluso podría ser más si bajase más el tipo.

A ello se añade el carácter confuso del concepto ya que se habla de "compensación" término que puede tener connotaciones positivas para el cliente y de hecho en la primera página se explica como "compensación que recibe el cliente si se alcanza la barrera de desactivación del tipo máximo". Visto así, parece que si se supera el tipo de desactivación máximo del 5'5 %, además de la diferencia entre el Euribor y ese tipo, se deberá añadir el 0'25 de compensación. Pero no es así, como confirma el Sr. Barberá y la perito, ya que si se supera el tipo de desactivación máximo, no se añade una compensación sino que simplemente se fija un límite del 0'25 %.

Es cierto que estamos ante un sector, el financiero, de cierta complejidad y que ello supone que muchas veces no se pueda cumplir con el requisito de claridad y concreción al que se refiere la LCGC y el artículo 1288 del CC, pero ello no quiere decir que ciertas cuestiones no se puedan explicar mejor. Es decir, que estemos ante una materia de cierta complejidad no puede servir de coartada a las entidades financieras para ser crípticas a la hora de establecer las condiciones. En este litigio no se va a aplicar la LCGC porque no se interpone ninguna acción con base en esa norma y además sería competencia de los Juzgados mercantiles. Tampoco se va a analizar el carácter abusivo de esta condición, que lo es, puesto que genera un evidente desequilibrio entre las partes, ya que el demandante no es consumidor. Pero hay que insistir en la confusión de los términos ya que si no se ha explicado verbalmente al cliente el funcionamiento del límite de "la compensación", éste podría acudir a la lectura del clausulado si fuese claro. El problema es que la omisión de la explicación de este límite no se puede suplir con la lectura del contrato puesto que no es claro. Si bien era muy sencillo decir que el banco nunca pagaría al cliente más del 0'25 por ciento al superar una barrera, se recurre a la remisión. Así, en la página 2 después de explicar la operativa normal del "collar" cuando se superan los límites por arriba y por abajo, finalmente se introducen tres líneas para indicar que si se supera el límite de desactivación máximo, se pagará la compensación. Dicho así suena bien, pero hay que retroceder a la página 1 para saber que la compensación es tan solo un 0'25 por ciento y sin que quede claro si eso es algo adicional o lo único que se cobrará en ese supuesto. La perito y el Sr. B confirmaron que solo se cobraría el 0'25 % en esos casos.

Además de lo ya exigido de forma general por la LMV, hay que tener en

cuenta que el artículo 60.1 del RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión y de modificación del Reglamento de la L 35/2003 de 4 Nov., aprobado por RD 1309/2005 de 4 de Noviembre, establece que "A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular:

a) La información deberá incluir el nombre de la entidad que presta los servicios de inversión.

b) 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 y visible.

c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.

d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

Entiendo que la forma de redactar en el contrato la llamada "compensación" y la ausencia de una explicación verbal de su funcionamiento contraviene la normativa de transparencia bancaria y, en relación con ello, supone una omisión de información relevante que ha viciado el consentimiento prestado. Así, cabe concluir que el cliente no tenía toda la información necesaria y no se le informó de una circunstancia que seguramente hubiese dado lugar a su negativa a contratar.

2) La cantidad que debería satisfacerse en caso de vencimiento anticipado del contrato.

El Testigo, Sr. B reconoce que no se indicó al cliente la cantidad que debería satisfacer en caso de vencimiento anticipado. Se discute si ese concepto es un "coste de cancelación" o no, pero en realidad es un problema de semántica irrelevante. En efecto, tanto si ambas partes acuerdan dar por finalizado el contrato, como si el cliente deja de pagar las liquidaciones, el efecto es el mismo, es decir, deberá pagar una cantidad. Lo importante es que el cliente debe saber lo que ocurrirá en esos casos, debe conocer que si deja de pagar se procederá a practicar una liquidación final como vencimiento anticipado del contrato.

Al cliente no se le explicó esto verbalmente y del clausulado del contrato tampoco se conoce a ciencia cierta el efecto de ese vencimiento anticipado, tal y como confirma la perito. Aunque se hace una explicación compleja sobre el mecanismo para calcular esa liquidación final, es necesario remitirse a dos conceptos que son: valor de mercado y valoración sustitutiva. Si retrocedemos en el contrato hasta llegar al concepto de valor de mercado, resulta que no se trata de una cantidad fija o un índice de referencia que se publique sino que depende de las valoraciones que proporcionen cinco entidades de referencia, que tampoco se conocen inicialmente. En definitiva no será posible hacer un cálculo, antes de firmar, para saber lo que podrá tener que pagar el cliente si incumple o si ambas partes acuerdan resolver el contrato.

El Sr. B afirma que no era posible hacer el cálculo en el momento inicial del contrato, pero sin embargo cuando se ha solicitado como prueba a la parte demandada el cálculo de ese importe, se ha obtenido el valor proporcionado por tres