

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°. 10
VALENCIA
AV. DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14°-3°
JUICIO ORDINARIO NÚMERO 213/2010

SENTENCIA n°. 213/2011

En Valencia, a veinticuatro de marzo de 2011.

Vistos por D. Juan Carlos Artero Mora, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia, los presentes autos de **juicio ordinario**, seguidos en este Juzgado con el número **213/2010**, promovidos por _____, representada por la Procuradora D^a. Rosa M^a. Correcher Pardo y defendida por el Letrado D. Gonzalo Lucas Díaz-Toledo, contra **Caixa d'Estalvis de Catalunya**, representada por el Procurador D. Javier Barber Paris y defendida por el Letrado D. Ignasi Fernández de Senespleda, sobre **nulidad de contrato financiero**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la indicada representación de _____ se formuló demanda de juicio ordinario que por turno de reparto correspondió a este Juzgado contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, demanda en la que, después de invocar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba interesando se dictara sentencia por la que:

A) Se declare la nulidad del "Contrato marco de operaciones financieras" suscrito en fecha 16 de julio de 2088, así como la permuta financiera de tipos de interés confirmada en fecha 18 de julio de 2009.

B) Se condene a la demandada al pago a la demandante de la cantidad de catorce mil ochocientos cincuenta y nueve euros con siete centimos de euro (14.859,07 euros), más los intereses legales de dicha cantidad, desde que fueron indebidamente cobradas.

C) Se condene a la demandada al abono de las cantidades que se sigan devengando, y que en su caso sean pagadas, o en caso de no constar pagadas a la anulación de las liquidaciones

que se sigan emitiendo, al tratarse de prestaciones de vencimiento periódico.

D) Se condene a la demandada al pago de las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada para que compareciera y contestara, verificándolo en su nombre el Procurador D. Javier Barber Paris, quien se opuso a la demanda y solicitó la desestimación de la misma, con condena en costas de la actora.

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa el día 18-10-10, durante su celebración sus direcciones técnicas se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y la actora alegó un hecho nuevo y en virtud del mismo amplió la reclamación del apartado B) del suplico de su demanda a la cantidad de 17.394,83 €. Fijados los hechos controvertidos, cada una de las partes propuso los medios de prueba que estimó oportunos, siendo admitidos los que se consideraron pertinentes y útiles -de la demandante: documental y testifical de D. Josep Valles i Doménech, D. Alfons González Crespo y D. Andrés Salas Vallina; de la demandada: documental-, y acto seguido se señaló día y hora para la celebración del juicio.

CUARTO.- En fecha 9-3-11 se celebró el acto del juicio, en el curso del cual se practicaron las pruebas propuestas y admitidas -a excepción de la declaración del testigo D. Josep Valles i Doménech, que no pudo ser citado, y a la cual renunció la parte actora-, con lo que, una vez evacuado por las partes el trámite de alegaciones finales, quedaron los autos conclusos para resolver.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la entidad demandante pretensiones de declaración de nulidad de contrato y condena de la demandada a restituir las cantidades percibidas en virtud del mismo y a tal efecto formula, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1.- La demandante, pequeña empresa dedicada a la fabricación de báculos para farolas y mobiliario urbano, concertó el 3 de enero de 2006 préstamo hipotecario por

importe de 550.000 € con el Banco Popular Español, pactando que a partir del 4 de noviembre de 2006 el interés sería del euribor más dos puntos (documento número 1 de la demanda).

2.- Manteniendo también relaciones comerciales con la entidad demandada, el director de la oficina de la misma de la calle Rodríguez de Cepeda n° 48-52 de Valencia, D. Josep Vallés, y el director de negocio de empresas, D. Alfons González, aconsejaron a la actora la contratación de un producto financiero mediante el cual podrían mitigar la repercusión que las constantes subidas del tipo de interés podían causar en las cuotas del citado préstamo.

3.- Tras el ofrecimiento e insistencia de los citados empleados de la demandada, la actora suscribió con la misma en fecha 16 de julio de 2008 un contrato marco de operaciones financieras (documento 4), así como un contrato de permuta financiera mediante la llamada "*confirmación swap*" (documento 6), a través del cual se obligaba a pagar trimestralmente un interés de tipo fijo al 5,16%, desde el 1 de agosto de 2008 al 1 de agosto de 2013, calculado sobre un importe nominal de 500.000 € (la cantidad pendiente de amortizar del préstamo), y a cambio la entidad bancaria se obligaba a pagar un interés de tipo variable, euribor a tres meses, en las mismas fechas y calculado sobre el mismo importe, de modo que ambas cantidades se compensarían en las liquidaciones a practicar.

4.- Del citado contrato marco destaca la dificultad de su clausulado, así como el hecho de no establecer la facultad para el cliente de cancelar anticipadamente las operaciones contratadas, pese a que los empleados de la demandada afirmaron que el contrato se podría resolver sin coste alguno en cualquier momento. En el primer anexo al contrato se estableció una cláusula relativa al conocimiento por parte del cliente del riesgo de las operaciones, si bien nunca se explicó adecuadamente las operaciones que se iban a suscribir y su alcance, incumpliendo las obligaciones que sobre información y transparencia en la contratación bancaria exige la normativa española, máxime cuando la actora tiene la consideración de minorista, según el propio contrato, en el cual se clasifica el producto como complejo.

5.- Al poco tiempo de confirmar la permuta financiera, el euribor comenzó a bajar considerablemente, lo cual provocó que las liquidaciones fueran desde el primer momento favorables a la entidad bancaria (documentos 6 a 10), y así, lo que se ofreció como un seguro creado para proteger al cliente (documentos 11 y 12) resultó ser un producto financiero muy

complejo y con una clara ausencia de reciprocidad en las prestaciones.

6.- Tanto en el contrato marco como en la confirmación de swap, el consentimiento se prestó por error en el objeto del contrato y en aquellas condiciones del mismo que principalmente dieron motivo a celebrarlo, debido a la falta de información facilitada por la entidad bancaria y a las cláusulas oscuras de los mismos contratos. Además, el contrato es nulo de pleno derecho por incumplir la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

7.- Con independencia de los motivos de nulidad, además debe tenerse en cuenta que el préstamo hipotecario cuyos tipos de interés pretendían asegurarse con este producto financiero fue cancelado por la actora el 14 de noviembre de 2008 (documento 13), dejando así de cumplir el swap con su finalidad primordial, motivo por el cual también debe resolverse por carencia sobrevenida de objeto.

8.- Declarada la nulidad del producto financiero en cuestión, debe producirse la restitución de las prestaciones, y así la demandada debe devolver la cantidad percibida hasta el momento de la demanda (14.859,07 €) más otra cantidad cobrada en el momento de la audiencia previa y justificada con los documentos aportados en dicho acto (2.535,76 €), lo que hace el total fijado en ese momento de 17.394,83 €, más las cantidades que siga percibiendo la demandada como consecuencia de posteriores liquidaciones.

La entidad demandada se opone a dichas pretensiones con los siguientes argumentos:

1.- Las partes trataron en el marco de una relación mercantil, sin que la actora tenga la condición de consumidor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

2.- Con la contratación de un préstamo de 550.000 € con un tipo de interés al euribor más 2%, a la demandante se le generaba un riesgo financiero consistente en la subida del euribor, razón por la cual quería contratar un producto financiero que le pudiera limitar el riesgo de subida del tipo de interés.

3.- El proceso de contratación se realizó con todas las garantías legales: el 16 de julio de 2008 el representante de la actora suscribió el contrato marco de operaciones

financieras (documento número 1 de la contestación); al día siguiente, se planteó al administrador de la demandante un test de conveniencia del producto financiero a contratar, y aquél se negó a realizarlo (documento 2), privando de esta manera de cualquier asesoramiento por parte de la demandada; el 18 de julio de 2008, el administrador de la actora suscribió la orden en firme de contratación del swap (documento 3), y el 1 de agosto de 2008 suscribió la confirmación del producto (documento 4).

4.- Desde el mes de julio de 2008 hasta el mes de febrero de 2009 la demandante no dice nada del producto contratado, ya que los tipos de interés le son favorables. Es a partir del mes de octubre de 2008 y fundamentalmente como consecuencia del colapso del sistema financiero cuando se produce una brusca caída de tipos de interés. Pero no es de recibo solicitar la nulidad de un contrato aleatorio cuando el resultado no es el deseado.

5.- No existe error ni vicio del consentimiento, ya que la demandante conoció en todo momento qué producto contrataba y qué efectos podía tener, y los documentos suscritos son claros. Tampoco existe ninguna condición abusiva, porque la demandante no es un consumidor y porque se trata de un contrato aleatorio cuyos efectos se condicionan al devenir del euríbor.

SEGUNDO.- El núcleo de las pretensiones entabladas por la demandante es la anulación del contrato por haber prestado su consentimiento viciado por error, en el ejercicio de la acción prevista en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil. Establece el primero de ellos que *"será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"*, y el artículo 1266 dispone que *"para que el error invalide el consentimiento debe 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 jurisprudencia ha señalado reiteradamente los requisitos que deben concurrir para el éxito de esta acción, pudiendo citar, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2010: *"La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias, que pueden resumirse en la de 11 diciembre 2006, se ha exigido que para que el error pueda invalidar el*

consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "(...)es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, (...), y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe(...)".

Ahora bien, es preciso relacionar dicha doctrina en este caso con las peculiares características del contrato cuya anulación se pretende, que ha sido objeto de análisis en varias resoluciones de fechas recientes, dictadas en el contexto de bajada de los tipos de interés que ha suscitado numerosos litigios semejantes al presente.

Sobre su concepto y caracteres, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 1ª, de 18 de junio de 2010, indica lo siguiente:

"Se trata de un swap de intereses, que viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada, como aquella operación -contrato-, por la que las partes acuerdan intercambiarse ente sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada. También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como "un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable". En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, término que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el artículo. 20.1, 18º, d) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera, o la Circular 1/1991, del Banco de España que desarrolla diversas medidas sobre liberalización del control de cambios dentro de la pauta marcada por el R.D. 1.816/1991, de 20 de diciembre. Por otro lado, el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, en su artículo 19 regula los instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés de los préstamos hipotecario. Igualmente, estos contratos de cobertura de riesgos de incremento de tipos de interés se regulan en la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica.

Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, 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. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocional, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor".

La jurisprudencia ha destacado especialmente la abundante normativa que impone una especial protección al cliente en la contratación de esta clase de productos, al margen de que aquel tenga o no la condición legal de consumidor -lo que en el presente caso no ha sido en modo alguno afirmado por la demandante-. Cabe citar, al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, de 17 de junio de 2010:

"La, en definitiva, no concurrencia en las entidades demandantes de la condición legal de "consumidor", empero no excluye la procedencia de un singular amparo de las mismas en su contratación, como clientes, con el Banco demandado con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación.

Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Sin que tampoco sea dable el olvidar que en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés (cual los litigiosos), con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, mas de aplicación al caso- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del

caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

Además, estas resoluciones establecen una premisa de considerable importancia, cual es que la carga de probar que la entidad bancaria ha cumplido con ese singular deber de información al cliente pesa sobre la propia entidad. En este sentido, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia establece lo siguiente:

"De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia AP Valencia, de fecha 26-4-2006)".

En idénticos términos se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 7ª, de 10 de diciembre de 2010, e igual criterio sigue la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 3 de diciembre de 2010:

"... requiere una adecuada información de estos riesgos y consecuencias económicas, lo que no consta se hiciera de esa forma, lo que incumbe probar a la parte demandada, no ya solo porque es algo que a ésta corresponde efectuar, siendo la parte que ofrece el producto, integrándose en esa oferta, la información pertinente que haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido, para poder emitir un consentimiento formado correctamente, sino también

por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria -ex art. 217-7 LEC - del cumplimiento efectivo de una información adecuada, la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias, a cuyas condiciones el consumidor solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del art. 79.1, a),c) y e) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, lo que corrobora el R. Decreto 629/1993, 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, proporcionando toda la que pueda ser relevante, "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"- art. 5.3 .-".

En el caso que nos ocupa, el examen de los documentos que reflejan la operación contratada no revela una especial ambigüedad u oscuridad en la descripción de la misma, pero no puede entenderse que la parte demandada haya cumplido con la ya referida carga probatoria respecto al cumplimiento del deber de informar al cliente del alcance y riesgos de dicha operación:

1.- En primer lugar, las declaraciones de los testigos sobre los tratos previos a la suscripción del contrato reflejan una clara contradicción entre los pertenecientes a la actora y a la entidad demandada.

D. , accionista y apoderado de , afirma que era la persona encargada de relacionarse con los bancos, con los cuales la empresa había contratado un factoring y líneas de descuento de papel comercial, además del préstamo hipotecario para la compra de la nave mencionado en la demanda, pero sin invertir en fondos, acciones u otros productos de esa clase; en relación con el préstamo, los empleados de Caixa Catalunya le comentaron en el banco y después en la sede de su empresa la posibilidad de contratar el swap, negocio del cuál él no sabía nada, que no lo entendió y por ello les dijo que se lo explicaran al contable de la empresa, Sr. ; que le dijeron que no le iba a perjudicar en absoluto, y que cuando empezó a haber problemas, nadie de la Caixa quiso dar la cara. Por su parte, D. , hijo del anterior y administrador de la actora en el momento de contratar la operación, declara que los tratos con los bancos los llevaban su padre y el contable de la sociedad, por lo que él se limitó a firmar en este caso; reconoce su firma en el documento 2 de la contestación, pero no recuerda que le preguntaran si renunciaba a hacer el test de conveniencia, ni tampoco si le preguntaron sobre los datos que son objeto de dicho test.

D. Alfons González Crespo, empleado de la demandada, manifiesta que captó a la actora como cliente en marzo o mayo de 2008 con unas líneas de descuento comercial, que era el único tipo de contratación que tenía con Caixa de Catalunya; que tenía unos préstamos hipotecarios con el Banco Popular y le mostró su inquietud por la subida de los tipos de interés, llegando a proponer el cambio del préstamo con la entidad demandada, lo que fue desechado por su elevado coste; que el propio representante de la actora dijo que había oído hablar de productos bancarios que cubrían estas subidas de interés, y que prestaron información al Sr. [redacted] y al director financiero de la actora, D. [redacted], el cual conocía la existencia de estos productos, siendo facilitada información por escrito; que les dieron varias opciones y, cuando eligieron, firmaron el contrato marco, la orden de contratación y, unos cuantos días después, la confirmación, estableciéndose ese plazo entre una y otra orden para que el cliente pueda estar seguro de su decisión; que la empresa demandante estaba calificada como minorista, y que la contratación del producto exige la realización de un test de conveniencia, pero que el Sr. [redacted] dijo que renunciaba a hacerlo porque consideraba que tenía suficientes conocimientos financieros y así lo firmó; que ellos manejan previsiones en cuanto al euribor, y en aquel momento eran de subida, si bien después empezó a bajar; y preguntado sobre el motivo por el cual se mantuvo el contrato en vigor a pesar de que poco después la actora cancelase su préstamo hipotecario, contesta que se trata de contratos independientes, si bien dieron a la demandante la opción de cancelar el swap pero debido a su alto coste no le interesó. D. Andrés Salas Vallina, también empleado de Caixa de Catalunya, coincide con el anterior en cuanto a que esta entidad comenzó su relación con la actora en la primavera de 2008 con una línea de descuento comercial, que las personas con las que trataban era el Sr. [redacted] y el director financiero de la empresa, que fueron éstos quienes mostraron su interés en contratar un producto que paliara los efectos de la subida del euribor, y que les dieron información escrita de los swap; preguntado si estos tratos tuvieron lugar en la sucursal bancaria o en la fábrica de la demandante, contesta que hablaron en ambos sitios.

Cabe destacar que no se ha propuesto la declaración testifical de D. [redacted], persona calificada por los testigos integrantes de la actora como contable de la misma y por los empleados de la demandada como "*director financiero*", que en todo caso intervino en las negociaciones previas a la contratación. Habida cuenta de la carga probatoria que pesa sobre la demandada respecto a la completa información

suministrada al cliente, esa ausencia de declaración de una persona que podría aclarar la cuestión debe perjudicar a la entidad demandada.

2.- Por otra parte, es relevante el hecho de que el legal representante de la actora no llevase a cabo el test de conveniencia, preceptivo en este caso al haber sido calificada aquella como cliente minorista. Así lo destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, de 6 de octubre de 2010:

"Respecto al perfil del cliente del que depende la norma de conducta informativa por la entidad bancaria, no se discute la cualidad de minorista de la entidad actora y que nos encontramos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento; circunstancias que obligan a la entidad en la fase informativa a tenor del artículo 79 bis 7) de la Ley Mercado Valores a practicar el llamado test de conveniencia (conforme al artículo 73 del RD 217/2008 citado) y ello no responde sino a cumplimentar que el cliente conozca y comprenda en los términos expuestos supra, la operación a suscribir".

El citado artículo 79 bis 7) de la Ley del Mercado Valores establece lo siguiente:

"Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él".

Consta con el número 2 de la contestación a la demanda el documento relativo a este requisito, en cuyo reverso firmó el Sr. *en el recuadro "el cliente manifiesta que no desea realizar el test",* firma reconocida por el testigo, como se ha dicho. Pero el resultado de esta operativa no puede ser

sino entender incumplida la obligación legal, pues en definitiva implica que, ni la entidad ha valorado la idoneidad del producto para el cliente, ni le ha advertido de que la falta de cumplimentación del test le impide determinar esa conveniencia.

3.- Otro aspecto relevante es el hecho de que la demandada no haya demostrado la entrega de información por escrito previa a la firma del contrato, puesto que dicha circunstancia es afirmada por sus testigos pero rechazada por los Sres. , y no queda justificada mediante la copia de los correspondientes documentos.

4.- También destaca la circunstancia de que, según se reconoce por todos los testigos, el interés que movía a la demandante en la contratación de la permuta financiera era el de reducir los efectos perjudiciales que la subida del euribor le venía produciendo en el préstamo hipotecario que tenía concertado con otro banco. De este modo, el hecho de que la misma cancelarse el préstamo muy poco tiempo después, el 14 de noviembre de 2008 (documento 13 de la demanda), unido a la ausencia de mención en el contrato a la posibilidad de cancelación anticipada del mismo y a la referencia que el testigo Sr. González hace al elevado coste de dicha cancelación, se convierten en poderosos indicios de la falta de conocimiento por la demandante de las consecuencias de la operación contratada, puesto que la misma se entendía siempre en relación con el préstamo, hasta el punto de que, extinguido éste, perdía propiamente su finalidad. No se cuestiona la independencia jurídica de ambos contratos y, por ello, la imposibilidad de entender que la mera cancelación del préstamo dejase sin objeto a la permuta, pero esta situación sí debe tener el reflejo probatorio indicado, esto es, el insuficiente conocimiento por parte del cliente del alcance y consecuencias del producto.

5.- Por último, no cabe pasar por alto el hecho de que, contratado el swap en el mes de julio de 2008, ya la primera de las liquidaciones trimestrales practicadas -el 3 de noviembre del mismo año- presenta un saldo negativo para el cliente (257,20 €), que se incrementa en la siguiente liquidación, de febrero de 2009 (562,59 €) y especialmente en las siguientes, de los meses de mayo, agosto y noviembre de 2009 (3.866,24 €, 4.787,61 € y 5.385,43 €, respectivamente), quedando acreditado que la actora remitió vía burofax una primera solicitud de cancelación del contrato en fecha 5 de febrero de 2009 (documento 16 de la demanda), y otras posteriores, en términos de resolución por nulidad, en fechas

31 de julio y 14 de septiembre del mismo año (documentos 17 y 18). Esto es, no cabe hablar de una aceptación de las consecuencias del contrato durante un período de tiempo más o menos prolongado seguida de una reacción contraria ante los efectos adversos posteriores, y mucho menos de que tal conducta pueda dar lugar a una convalidación del contrato cuyo consentimiento estaba viciado, sino que la demandante manifestó desde fechas muy tempranas su disconformidad con la operación realizada y con los efectos de la misma.

En estas circunstancias, y en relación con la doctrina jurisprudencial expuesta, debe concluirse que la parte demandada no cumplió con la diligencia suficiente su deber de informar de manera completa de las consecuencias del producto contratado, propiciando así que el consentimiento de la actora se prestase viciado por error. Error que, como precisa la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de diciembre de 2010, *"viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente estaba contratando ante la falta de transparencia e información de la entidad bancaria de las consecuencias y efectos reales del tipo de contrato que firmaba"*.

O, en los términos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 3 de diciembre 2010:

"el error recae sobre condiciones esenciales del contrato, como son sus consecuencias económicas en el ejercicio de facultades reconocidas en el mismo; no es imputable a quien lo padece, excusable, por ser imprevisible e inevitable para quien incurre en el error, en el desconocimiento o conocimiento equivocado de aspectos esenciales del contenido contractual, y su relación causal con el negocio concertado, y su finalidad, que para el cliente era la de disminuir los perjuicios que pudieran derivarse de las fluctuaciones de los tipos de interés variable, que estaban al alza; que se vio frustrada ante la situación contraria, sin que de la lectura del contenido del contrato se desprendieran las consecuencias perjudiciales realmente producidas ni informadas sobre ellas".

Es importante destacar que el repetido deber de información impuesto a la entidad bancaria no se limita a las características y operativa del producto contratado, sino que debe extenderse a la situación del mercado financiero y expectativas del mismo que dicha entidad conozca y tenga a su disposición, pues de otro modo mal puede entenderse cumplida la obligación de informar al cliente de las consecuencias que dicho producto pueda tener.

Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de junio de 2010, después de referirse a diversas resoluciones del servicio de reclamaciones del Banco de España según las cuales las entidades deben realizar un esfuerzo adicional a fin de que el cliente comprenda al alcance de su decisión y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada, añade lo siguiente:

"Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión".

Y en parecidos términos, se reproduce la cita que la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de diciembre de 2010 hace de otras sentencias de dicho tribunal sobre este aspecto:

"Y como se recoge en la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2010, "se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce en el cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este tipo de contratos ha visto como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos..... y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento

y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario". ...

En igual sentido se pronuncia la sentencia de 27 de enero de 2010 de la sección 5ª de esta misma Audiencia, al establecer: "De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables en uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un 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 que configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen al ilustrar sobre lo obvio, esto es que, como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado es positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, es las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface 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".

Todas estas consideraciones deben llevar a la estimación de la demanda, declarando la nulidad de los contratos objeto del litigio, y como lógica consecuencia, impuesta por el artículo 1303 del Código Civil, la restitución de las prestaciones que de ellos derivan, cuantificadas en el acto de la audiencia previa en el importe de 17.394,83 € (acreditado a través de los documentos aportados por la actora y no impugnados de contrario), de forma que procede condenar a la demandada a abonar a la actora dicha cantidad más aquellas otras que haya percibido con posterioridad en aplicación de la

permuta financiera o swap. En caso de que alguna de las liquidaciones posteriores no conste pagada, tal como se solicita en la demanda, se declara la nulidad de las mismas. Además, la demandada abonará los intereses legales desde el cobro de cada una de las liquidaciones.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la parte demandada el pago de las costas procesales causadas.

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

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por
contra Caixa d'Estalvis de
Catalunya:

1º) Declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y de la permuta financiera de tipos de interés, suscritos entre las partes en fechas 16 de julio de 2008 y 18 de julio de 2008, respectivamente.

2º) Condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de diecisiete mil trescientos noventa y cuatro euros con ochenta y tres céntimos (17.394,83 €), más los intereses legales de dicha cantidad desde que fueron indebidamente cobradas las partidas que la integran.

3º) Condeno a la demandada a abonar a la actora las demás sumas que en virtud de los mismos contratos hayan sido pagadas con posterioridad y, en caso de no constar pagadas, a la anulación de las liquidaciones que se sigan emitiendo.

4º) Condeno a la demandada al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación, que habrá de prepararse en el plazo de cinco días desde su notificación, presentando ante este Juzgado escrito en el que se habrá de citar la

resolución impugnada y manifestar la voluntad de recurrirla, con expresión de los pronunciamientos que se impugnan.

El recurso no se admitirá si al prepararlo la parte no acredita haber consignado en la entidad BANESTO y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre de este Juzgado, con referencia al presente procedimiento, la cantidad de **CINCUENTA (50) EUROS** en concepto de **DEPÓSITO PARA RECURRIR**, conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (introducida por L.O. 1/2009, de 3 de noviembre).

Expídase testimonio de la presente resolución por el Sr. Secretario, el cual se unirá a los autos de su razón, llevando su original al libro de sentencias de este Juzgado.

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