

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO 9 DE GAVÀ**

c/ Bernat Metge, 27

Procedimiento: JUICIO ORDINARIO 759/2010 M

Demandante: E--- M---- , S.L.

Procurador: Uriel Pesqueira Puyol

Letrado: Marcelino Tamargo Menéndez

Demandado: CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS

Procurador: José Antonio López-Jurado González

Letrado: Juan Ignacio Sanz Caballero

SENTENCIA Nº 116/11

En Gavà, a 20 de mayo de 2011.

Maria Lluïsa Maurel Santasusana, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Gavà, he visto los autos de Juicio Ordinario nº 759/2010, promovidos por E--- M---- , S.L., representada por el Procurador Uriel Pesqueira Puyol y defendida por el Letrado Marcelino Tamargo Menéndez, contra CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS, representada por el Procurador José Antonio López-Jurado González y defendida por el Letrado Juan Ignacio Sanz Caballero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por turno de reparto correspondió a este Juzgado la demanda de juicio ordinario presentada por la entidad E--- M---- , S.L. contra la CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS, en la que la parte actora, después de relacionar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicita que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 30/10/2007 y sus correspondientes anexos con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, debiendo procederse a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas y, subsidiariamente, se declare el derecho de la actora a apartarse del contrato sin coste alguno

desde que la entidad fue requerida para ello, por no existir en el clausulado información alguna que haga previsible coste de cancelación alguno, declarando resuelto el contrato sin coste alguno.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, ésta compareció y contestó la demanda, oponiéndose a la misma en base a los hechos y fundamentos de derecho que relaciona, suplicando que se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO. Las partes fueron convocadas a la audiencia previa que se celebró sin llegar a ningún acuerdo. Propuesta la prueba, se convocó a las partes al acto del juicio en el que se practicó toda la prueba admitida con el resultado que obra en las actuaciones, quedando seguidamente los autos vistos para sentencia.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento, se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. La parte actora, la sociedad E--- M---- , S.L. formula demanda de juicio ordinario contra CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS en la que solicita que se declare la nulidad del contrato denominado Contrato Marco de Operaciones Financieras y de sus anexos, que incluye la Confirmación de Operación de Collar Bonificado suscrito por las partes en fecha 30 de octubre de 2007, con la consiguiente restitución recíproca de la cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, debiendo procederse a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas y, subsidiariamente, se declare el derecho de la actora a apartarse del contrato sin coste alguno desde que la entidad fue requerida para ello, por no existir en el clausulado información alguna que haga previsible coste de cancelación alguno, declarando resuelto el contrato sin coste alguno. Aduce la demandante, empresa dedicada a la elaboración de embalajes y palets y que desde 1970, cuando inició el tráfico mercantil, es usuaria de los servicios financieros de la demandada, que el 7 de noviembre de 2007 la demandada le concedió un préstamo hipotecario con el fin de la adquisición de una nueva nave y adaptación de las instalaciones a las nuevas normativas al respecto de su actividad, por el capital de 510.000 €, con garantía de dos fincas, y que la demandada CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS le indicó la necesidad de contratar un seguro que protegiera la hipoteca de las previsibles e inminentes subidas del tipo de interés. Alega la actora que su administradora, Josefa Mendoza Pérez, accedió sin objeción a dicha contratación ya que se le vendió como un seguro que daba cobertura a su hipoteca ante la posible subida de los tipos de interés, sin informarle que se le estaba vendiendo un producto financiero de alto riesgo por importe de 510.000 €, lo cual fue evidente a partir de la liquidación del trimestre en fecha 1/4/2009 al cargarle una liquidación en

contra de 1.792,91 €, momento en el cual solicita la cancelación del producto informando la entidad financiera que el importe de la cancelación alcanzaba alrededor de los 35.000 €.

En relación con el Contrato Marco de Operaciones Financieras y sus anexos la actora alega que cuando lo firmó no fue informada de la operación que se disponía a contratar; alude a su falta de claridad y transparencia pues lo que se le vendió era un producto gratuito para asegurar su hipoteca de la subida del euribor y se encontró con que había contratado un producto de alto riesgo financiero, y no constan las consecuencias de la cancelación anticipada de manera clara.

La demandante fundamenta su pretensión en la existencia de un error en el consentimiento por desconocimiento real de lo que se estaba contratando y sus consecuencias económicas, debido a la falta de información y a la propia redacción del contrato que, a su juicio, vulnera la Ley General de Consumidores y Usuarios. Entiende que se ha vulnerado también lo dispuesto en el artículo 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, en aplicación de la Directiva 2006/76 de la CE, que modifica y deroga el RD 629/1993, y que se refiere a la información que deben prestar las entidades que prestan servicios de inversión. Denuncia además la vulneración del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica, en su artículo 19 dedicado a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, y artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y lo dispuesto en la Ley 24/1988, de 2 de julio, del Mercado de Valores. Por último, la actora afirma que se ha producido una vulneración de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su artículo 10.

SEGUNDO. A la pretensión deducida se opone la entidad demandada, CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS, quien explica que la demandante E--- M----, S.L., a través de reuniones previas con su administradora, fue perfectamente informada del contenido del contrato, que se trata de un instrumento financiero de cobertura de riesgo de tipo de interés frente a las subidas del tipo de interés que se venían experimentando. La demandada niega que la actora tenga la condición de consumidor y defiende que la contratación se hizo con todas las garantías. Pone de manifiesto que E--- M----, S.L. no dijo nada durante las dos primeras liquidaciones en octubre de 2008 y enero de 2009 porque le fueron favorables, habiendo abonado la Caixa a la demandante, en cumplimiento de lo convenido en el contrato, la cantidad de 321,92 € el 1/10/2008 € y 263,50 € el 2/1/2009. CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS niega que hubiera vicio del consentimiento en la contratación y sostiene que no hay condiciones abusivas porque se trata de un contrato aleatorio en el que los efectos de pagar o cobrar se condicionan al devenir del euribor, lo que le fue perfectamente explicado en los tratos preliminares a la firma y consta además bien explicado en el contrato que firmó la administradora de la sociedad actora, por lo que no puede alegar desconocimiento. Niega cualquier vinculación entre el Contrato de Collar Bonificado de Tipo de Interés y la hipoteca suscrita por la actora en fecha 7/11/2007, y sostiene que el Contrato de Collar Bonificado de Tipo de Interés se firmó para cubrir a la actora ante subidas de interés respecto de todas las financiaciones y responsabilidades que tenía contraídas con entidades crediticias en el ámbito de su actividad comercial y empresarial. Finalmente

opone que, de existir error en el consentimiento de la actora, el mismo es inexcusable, pues concurre falta de diligencia en su actuar al haber firmado los documentos sin leerlos, dada la claridad en que los mismos están redactados.

TERCERO. Antes de entrar a resolver lo que constituye el objeto de este procedimiento, conviene hacer una precisión. Y es que no es de aplicación al caso la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios habida cuenta que la actora no ostenta la condición de consumidor.

CUARTO. Planteada la litis en los términos expuestos, bueno será comenzar recordando que, entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el artículo 1.261 del Código Civil, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (art. 1.262 CC), y que será nulo, según dispone el artículo 1.265 del mismo cuerpo legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concretan responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger al cliente en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretenden rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del “dónde hay que firmar” que se había instalado en este ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra “Contratos bancarios”. La especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al cliente una adecuada protección, tanto en la fase precontractual (mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información, pues sólo un cliente bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación), como en la fase contractual (mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones), como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de

reclamación.

QUINTO. El contrato cuya nulidad pretende la actora es el denominado Contrato Marco de Operaciones Financieras y, junto con él, la Confirmación de Operación de Collar Bonificado suscrito por E--- M---- , S.L. y CAIXA PENEDÈS en fecha 30 de octubre de 2007. El contrato consta de un Contrato Marco de Operaciones Financieras (documento nº 2 de la demanda, folios 45 a 65), Anexo I, que contiene algunas aclaraciones al Contrato Marco de Operaciones Financieras (documento nº 3, folios 67 a 71), Anexo II, que establece definiciones para la interpretación de las confirmaciones de operaciones documentadas al amparo del Contrato Marco de Operaciones Financieras (documento nº 4, folios 73 a 83) y la Confirmación de Operación de Collar Bonificado (“La Operación”) (documento nº 5, folios 85 a 91), todos ellos fechados el 30 de octubre de 2007, en total 43 folios.

Se trata, como la propia demandada reconoce en su escrito de contestación a la demanda, de lo que se conoce en la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona “swap”), que surge a finales de la década de los setenta del pasado siglo como reacción a las grandes alteraciones y fluctuaciones que padecía el mundo económico.

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, caracterizado por la doctrina como consensual, oneroso, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra) y de duración continuada. Este tipo de contratos está generalmente relacionado con alguna modalidad de financiación en los mercados de capitales, siendo, sin embargo, totalmente independiente de ésta.

La permuta financiera de interés supone un contrato en el que dos partes pactan, durante un período preestablecido, hacerse pagos recíprocos por intereses denominados en la misma moneda sobre un mismo principal nocional o teórico pero con tipos de referencia distintos. La estructura genérica o básica tiene los siguientes componentes: 1) Existe un principal teórico o nocional constante, que es la cantidad que sirve de referencia para realizar las liquidaciones de intereses. 2) Pagos periódicos por intereses según diferentes bases de referencia (fijo contra variable o variable contra variable), que se liquidan por compensación a cada vencimiento. 3) Se opera en la misma moneda, normalmente la moneda nacional de las contrapartes. 4) No existe intercambio de principal, dado que los devengos de intereses se realizan en función de un principal teórico. Así pues, 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 contraparte 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.

Existe una amplia variedad de modalidades, entre ellas las operaciones de opciones de futuros (Caps, Floors y Collars). En síntesis, un contrato Cap es aquel en el que las partes acuerdan el pago de una prima por parte del

comprador (cliente) al vendedor (banco), mientras el vendedor por su parte se obliga a pagar al vendedor la diferencia entre el tipo de interés de referencia y el tipo fijado en el contrato. En el supuesto de que el tipo de referencia (normalmente un tipo interbancario como el Euribor, Libor, Mibor, etc) supere el tipo de interés fijado en el contrato, el vendedor del Cap debe pagar al comprador la diferencia entre ambos tipos calculada sobre el notional pactado; de este modo, el vendedor Cap garantiza al comprador un tipo de interés máximo y el comprador se protege del riesgo que representa una subida del tipo de interés.

La dinámica del contrato Floor es prácticamente la misma pero al revés: el vendedor se obliga a pagar al comprador, en las fechas predeterminadas, la diferencia entre el tipo de interés pactado en el contrato y el tipo de interés de referencia, de tal suerte que, comparados ambos, en el supuesto de que el tipo de referencia sea inferior al fijado en el contrato, el vendedor debe pagar al comprador la diferencia entre ambos tipos calculada sobre el notional. A través de un contrato Floor, los inversores se protegen contra descensos de los tipos de intereses variables aplicables a sus inversiones, asegurándose un tipo mínimo de rentabilidad.

Un contrato Collar es la combinación de un contrato Cap y un contrato Floor. El comprador del Collar compra simultáneamente un Cap y vende un Floor, siendo el mismo el importe notional y el período de tiempo. Si el tipo de referencia es superior al tipo de interés fijado en el contrato, el vendedor deberá pagar al comprador la diferencia entre ambos fijada sobre el importe notional pactado. Por el contrario, será el comprador el que deba pagar al vendedor la diferencia entre el tipo de interés fijado en el contrato y el tipo de interés de referencia, en las fechas de ejercicio y sobre el importe notional pactado, cuando el tipo de interés de referencia sea inferior.

La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones de los tipos de interés variable. Pero sobre la base de esta finalidad, lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian; se trata de una apuesta sobre la evolución de los tipos de interés y como en toda apuesta, se puede ganar o perder.

En conclusión, la permuta financiera o swap de tipos de interés consiste en un intercambio de tipos de interés, que juega con la evolución de un tipo de interés determinado o un concreto índice de referencia. De tal forma que, teóricamente, los contratantes “ganan” o “pierden” según que el valor o índice de referencia sobrepase o no determinado techo (cap) o suelo (floor). En definitiva, una barrera que se fija y que determinará, en la fase de ejecución del contrato, quien ganará o perderá. O lo que es lo mismo, mediante este contrato, una de las partes compra a la otra el derecho a ser indemnizada ante la subida de los tipos de interés por encima de un nivel predeterminado y el mismo comprador vende un floor a la misma contraparte por el que se obliga a indemnizarle cuando los tipos de interés en el futuro bajen por debajo de un nivel predeterminado. Así se aseguran unos tipos máximos y mínimos de interés cuando dicho interés es variable.

SEXTO. En el caso concreto de autos nos encontramos ante un Contrato de Collar Bonificado en el que se establecen los siguientes términos de la

operación: Fecha de la Operación: 30/10/2007; Fecha de Inicio: 01/07/08; Fecha de Vencimiento: 01/07/11; Importe nominal: 510.000 €; Tipo Mínimo (Floor): 4,35%; Tipo Máximo (Cap): 4,70%; Barrera Desactivante del Tipo Máximo: 5,10%; Bonificación: EURIBOR 3M-0,20% (folios 86 y 87).

Las condiciones del producto se describen de la manera siguiente:

“Si en el Período de Cálculo correspondiente el Tipo Variable es mayor al Tipo Cap e inferior a la Barrera Desactivante del Tipo Cap, Caixa Penedès abonará al Cliente la diferencia entre el Tipo Variable fijado para dicho período y el Tipo Cap, multiplicado por el Importe Nominal del Período y multiplicado también por el número de días del Período dividido entre 360.

Si en el Período de Cálculo correspondiente el Tipo Variable es menor al Tipo Floor, el Cliente abonará a Caixa Penedès la diferencia entre el Tipo Floor y el Tipo Variable fijado para dicho período multiplicado por el Importe Nominal del Período y multiplicado también por el número de días del Período dividido entre 360.

Si en el Período de Cálculo correspondiente el Tipo Variable fijado para dicho período es mayor o igual al Tipo Floor y a la vez menor o igual al Tipo Cap, en este caso no se producirá liquidación entre las Partes.

Si en el Período de Cálculo correspondiente el Tipo Variable fijado para dicho período es mayor o igual a la Barrera Desactivante del Tipo Cap, Caixa Penedès abonará al Cliente un 0,20% multiplicado por el Importe Nominal del Período y multiplicado también por el número de días del Período dividido entre 360”.

SÉPTIMO. Sostiene la parte actora que el contrato de autos es nulo porque en la contratación existió un evidente error por desconocimiento real de lo que se estaba contratando y sus consecuencias económicas, debido a la falta de información y a la propia redacción del contrato.

A propósito del error como vicio del consentimiento, el artículo 1.266 del Código Civil exige que recaiga 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 viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007). El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración. A la hora de apreciar la excusabilidad del error, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le

era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

Ya se ha dicho antes que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica en el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia de sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él, principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

Examinada la normativa del mercado de valores (especialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio), sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia; pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato que ha de dispensarse al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo, y así el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios. El RD 629/1993 concretó aun más, desarrollando en su anexo un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia, y adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva (art. 5.3).

Dicho Decreto fue derogado, pero la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa” debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos.

Luego el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las

empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (art. 60 y siguientes, en especial art. 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Ahora bien, a la entidad bancaria no le es exigible un deber de fidelidad al cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio.

Hechas estas precisiones con carácter general, procede ahora determinar si concurre o no el error invocado. Y examinada la prueba practicada cabe concluir que en el presente caso ha existido imposición y error invalidante del consentimiento de entidad suficiente para producir la nulidad del contrato.

Así, respecto de este caso concreto consta acreditado que:

- 1) E--- M----, S.L., a través de su administradora, Josefa Mendoza Pérez, acudió a la entidad crediticia con la que siempre había operado para solicitar un crédito para la compra de una nave y adecuación de instalaciones. Según consta en la escritura de préstamo hipotecario (documento nº 1 de la demanda, folios 14 a 43) los términos de la hipoteca fueron los siguientes:
 - capital prestado: 510.000 €
 - forma de pago: 15 años, a razón de 180 cuotas con inicio el 7/12/2007 y fin el 7/11/2022
 - cuota inicial de 4.167,13 €, revisable según el tipo de interés
 - Interés: fijo al 5,50% el primer año, y variable a partir de entonces en función de las variaciones del tipo de interés, sin que el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo pudiera ser inferior al 3% ni superior al 19%, tipos de interés mínimo y máximo, respectivamente. Interés de referencia: EURIBOR.
 - Garantía: 2 fincas
 - El préstamo hipotecario fue firmado ante notario el 7 de noviembre de 2007.

- 2) Simultáneamente se firman los documentos nº 2 a 5 cuya nulidad se solicita en la presente demanda y a los que ya se ha hecho referencia. Los documentos llevan fecha de 30 de octubre de 2007. Respecto de la Confirmación de Operación de Collar Bonificado cabe recordar en este momento los siguientes términos:
 - capital nominal: 510.000 €
 - fecha operación: 30/10/2007; fecha de inicio: 1/7/2008; fecha de vencimiento: 1/7/2011
 - tipo Floor, 4,35%; tipo Cap: 4,70%; Barrera de desactivación tipo Cap: 5,10%; Bonificación: EURIBOR 3M-0,20%

Sostiene la actora que la concesión del préstamo hipotecario se condicionó por Caixa Penedès a la firma del Collar Bonificado (con cuya referencia incluyo los cuatro documentos firmados en fecha 30/10/2007, al ser el documento con cuya firma queda obligada la actora), que se le ofreció y vendió como un contrato de cobertura de interés, un seguro ante las posibles subidas de interés, sin que en ningún caso se le presentara dicha operación como una operación financiera de riesgo y sin informarla de las pérdidas que podía comportar, pues nunca con anterioridad había adquirido un producto financiero de riesgo ni era su voluntad dicha adquisición, y sin informarla tampoco de que la cancelación de la hipoteca no suponía cancelación de esta operación, sino que las operaciones eran independientes, y tampoco la informaron del coste que

tendría la cancelación del Collar Bonificado.

Pues bien, de conformidad con la prueba practicada deben considerarse acreditadas dichas alegaciones. A pesar de que se ha intentado por la demandada desvincular el Collar Bonificado respecto de la firma del préstamo hipotecario y se ha indicado que cubriría todos los productos financieros de la actora (aludiendo al listado que consta en el documento nº 23 de la demanda, folios 263 y 264), la demandada no ha practicado prueba alguna referida a concretar cuáles eran a la fecha de la firma los activos financieros que supuestamente se pretendía cubrir con el Collar Bonificado. Al contrario, el capital objeto del préstamo hipotecario y el capital nominal del Collar Bonificado es el mismo, 510.000 €, como así reconoció el Director de la oficina de Gavà en esa época, Carlos Vera Delgado, en su declaración en juicio, al admitir que el nominal se ajustó al importe de la hipoteca. Igualmente el Collar Bonificado no entró en vigor hasta el año siguiente, por cuanto que el interés de la hipoteca era fijo al 5,50% el primer año. En concreto la fecha de inicio se marcó para el 1/7/2008, y teniendo en cuenta que la bonificación se señalaba por la variación del euribor a 3 meses, se estableció para que justamente la primera liquidación fuera en octubre de 2008, al año de la firma. Según manifestó el director de la oficina, se dijo a la cliente que contrataba un seguro de cobertura y no un derivado financiero de importe nominal de 510.000 €, y no se le dijo que el producto iba vinculado a la hipoteca sino que ésta se beneficiaría con dicho producto.

Insiste la demandada en que las entidades de crédito tenían la orden en esa época de ofrecer a sus clientes productos destinados a cubrir las subidas de interés cuando se efectuaban operaciones de préstamo hipotecario. Aceptando que ello es así, lo cierto es que de los diferentes productos destinados a dicho fin se ofreció a la actora, una empresaria minorista que no había adquirido nunca productos derivados y que, según ha reconocido el director de la oficina, nunca tuvo interés en suscribir un producto derivado, uno de los productos de más riesgo y más perjudiciales para el cliente ante un escenario de bajada de intereses. Así, si bien los intereses del préstamo hipotecario frente a los que se cubría con la contratación del seguro eran variables, en todo caso se estableció un máximo, 19%, y un mínimo, 3%, mientras que en el Collar Bonificado únicamente se estableció una Barrera de desactivación del tipo Cap, pero no se estableció una Barrera de desactivación del tipo Floor que operara de manera equivalente para proteger los intereses del Cliente.

El propio director de la oficina manifestó que la información que se dio a la cliente era que se trataba de un producto destinado específicamente a cubrir las subidas de interés y que se le expuso de modo que, si el interés supera el euribor, el cliente cobra, mientras que si no lo supera, el cliente no paga. Es decir, se le expuso la situación en relación fundamentalmente con el Tipo Cap, de modo que si el euribor superaba dicho tipo de interés el cliente cobraba pero si no lo superaba no pasaba nada. Efectivamente, y así consta en el folio 91, se hizo referencia a las cuatro situaciones o escenarios, pero incluso para los escenarios 1 y 2 se utilizó un porcentaje distinto, pues en el escenario 1 se estableció una subida por encima del Tipo Cap del 0,30%, mientras que en el escenario 2 se utilizó una bajada por debajo del Tipo Floor del 0,10%, y en ningún caso se presentó un escenario en el que se representara una bajada de los tipos de interés muy por debajo del Tipo Floor, ni tan solo de un 0,70% que sería el escenario 4 en relación a una subida del Tipo Floor, pues para ese caso

se había previsto una barrera desactivante del Tipo Cap, situación en que Caixa Penedès abonaría únicamente el 0,20%, menos que en el escenario 1.

Si bien la redacción de la Confirmación de Operación de Collar Bonificado no es especialmente compleja, lo cierto es que en la página 1 (folio 85), en negrita y enmarcado se lee ***“El Cliente manifiesta de forma expresa que la finalidad de la presente Operación es la cobertura de los riesgos de subidas de tipos de interés derivados de determinados pasivos financieros contraídos por el mismo, sin que dicha cobertura incluya el margen, en su caso, asociado a los referidos pasivos financieros; el Cliente declara igualmente y sin reserva de naturaleza alguna que ha sido informado de los criterios para la determinación del Tipo Variable, del Tipo Cap y del Tipo Floor y de la Barrera Desactivante del Tipo Cap y, en su consecuencia, manifiesta que se tratan de condiciones inicialmente equilibradas para ambas Partes*”**, es decir, a pesar de contemplar los diversos escenarios, enmarcado, en negrita y subrayado se resalta que la finalidad de la operación es la cobertura de los riesgos de subidas de tipos de interés, lo que, si se analiza la realidad del Collar Bonificado, simplemente, no es cierto.

Finalmente debe hacerse referencia a la cancelación anticipada por parte del cliente, que se contempla en el folio 89, donde se establece *“La Operación será cancelable anticipadamente por parte del Cliente. En este caso tendrá que ser valorado a precio de mercado y su valor de cancelación estará determinado por las condiciones del mismo en ese momento”*. Pues bien, no parece que dicha expresión sea fácilmente comprensible. De hecho, es imposible realizar el cálculo de la cancelación con esos únicos datos, ni tampoco con los contenidos en la cláusula 14ª del Contrato Marco que trata del vencimiento anticipado (folios 59 a 61). De hecho, cuando la actora remitió la primera reclamación mediante mail de 30/4/2009 (folio 200), la respuesta en fecha 4/5/2009 (folio 203) fue que la cancelación ascendía aproximadamente a 31.452,50 €, sin indicar tampoco los cálculos efectuados. Y tiempo después, cuando realiza una solicitud de coste de cancelación más formal, solicitando cálculo y fórmula de la cancelación, en fecha 2 de noviembre de 2009 (folio 245), la respuesta en fecha 4 de noviembre de 2009 simplemente establece el valor razonable de los derivados contratados, -31.212,00 € (folio 247), sin más indicaciones.

Pues bien, dada la vinculación, al menos en apariencia, que se le presentó a la cliente entre el préstamo hipotecario y el Collar Bonificado, hubiera sido esperable que se hubiera explicado que la cancelación del primero no implicaba la cancelación del segundo, sino que eran operaciones independientes, y que la cancelación del Collar Bonificado tenía un coste, explicando asimismo el modo de calcular dicho coste, lo que no se hizo. Tampoco avisaron al cliente en el momento de inicio de la caída del euribor de la posibilidad de cancelación anticipada para evitar las futuras pérdidas, ni le ofrecieron una reestructuración del producto.

En definitiva el consentimiento prestado por la actora estuvo viciado por un error insalvable determinante de la nulidad de los contratos formalizados de fecha 30/10/2007, por lo que procede la restitución recíproca de lo entregado por ambas partes en ejecución del contrato y el precio con sus intereses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil.

OCTAVO. De conformidad con lo previsto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atendido el objeto de este procedimiento y las serias dudas

de derecho que el mismo plantea por cuanto supuestos similares han dado lugar a resoluciones de distinto signo, no se hace especial pronunciamiento en materia de costas.

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

FALLO

ESTIMANDO la demanda interpuesta por E--- M---- , S.L. contra CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS, **DECLARO LA NULIDAD** de Contrato Marco de Operaciones Financieras y sus anexos, incluido la Confirmación de Operación de Collar Bonificado, de 30 de octubre de 2007, con la consiguiente anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, restituyendo a las partes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato.

No se hace especial pronunciamiento en materia de ***costas***.

Contra esta sentencia cabe interponer ***recurso de apelación*** en el término de ***cinco días*** a contar desde su notificación en la forma establecida en el artículo 455 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FINE 1 DE JUNIO (apelación en cuanto no imposición costas)

Se advierte a las partes de la necesidad de consignar la cantidad de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado para que se tenga por preparado el recurso de apelación, sin cuyo requisito no se admitirá la impugnación.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez que la ha dictado en audiencia pública, en el día de su fecha. Doy fe.