

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

SENTENCIA Nº 58/2011

En Gerona , a 8 de marzo de 2011

15/3/2011

Dña. Sonia Benítez Puch, Magistrada- juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº cinco de Gerona , vistos los autos de juicio ordinario nº 657/2010 en que fue parte demandante que compareció representada por el/la Procurador/a D. Joan Ros Cornell y dirigida por el/la Letrado/a D. Joan Bou Mias y parte demandada Caixa d'Estalvis del Penedés que compareció representada por el/la Procurador/a Dña. i dirigida por el/la Letrado/a D. y que versaron sobre nulidad contractual , en atención a los siguientes:

Dda. J. Bou

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 26 de marzo de 2010 tuvo entrada en este juzgado la demanda deducida entre las partes y con el objeto ya referenciado, en que la parte demandante concluía suplicando se dictara sentencia de conformidad con sus pretensiones, así como que se condenara a la demandada a pagar las costas.

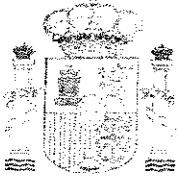
SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de ella a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, trámite que evacuó dentro de plazo, oponiéndose a la pretensión de adverso y solicitando que la demanda fuera desestimada con expresa imposición de costas a la parte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

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio, se celebró esta el pasado día 27 de julio de 2010 con asistencia de todas ellas, sin lograrse en la misma conciliación ni transacción de clase alguna, fueron resueltas las cuestiones procesales planteadas y fijados los hechos , con lo que cada parte pasó a proponer la prueba que le interesó, siendo admitidas como prueba de la actora documental, interrogatorio de la parte contraria y pericial y como prueba de la demandada documental, interrogatorio de la parte contraria y testifical .

CUARTO.- Señalado acto de juicio para el día 10 de enero de 2011 , en el mismo se ha procedido a la practica de la prueba propuesta y admitida con el resultado que es de ver en autos, con lo cual ha quedado el juicio concluso para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han cumplido todas las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia por la acumulación de señalamientos.

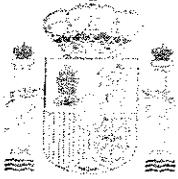
FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- Por la parte demandante se alega que la misma es una entidad dedicada a la náutica , con ocasionales operaciones inmobiliarias, que tenía concertada con la entidad demandada póliza de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria con un principal de 895.000 . En el ámbito de dicha relación, en el mes de octubre la entidad demandada le ofreció la contratación de un seguro de tipo de interés, accesorio a cualquier operación y que podía ser cancelado en todo momento sin penalización, por lo que en fecha de 28 de octubre de 2008 se firmaron entre las partes el contrato básico de prestación de servicios de inversión nº 0021972649 y el contrato de "cobertura de tipos de interés" denominado "SWAP bonificat de tipus d'interés" nº 0552.06540.00003.0, con un nominal de 1.000.000 y en virtud del cual , tras una primera liquidación favorable a la parte actora por importe de 626,11 en fecha de 15 de febrero de 2009, se sucedieron liquidaciones favorables a la entidad demandada por importes de 5.045,81 (15/5/2009),6.948,55 (15/8/2009),7.991,22 (15/11/2009) y 8.397,56 (15/2/2010). Cuando la parte actora solicitó tras la primera liquidación desfavorable la cancelación del contrato, se le dio información contradictoria sobre el precio de cancelación, situándolo entre 60.000 y 120.000 .

Se pretende la declaración de nulidad o, subsidiariamente, de anulabilidad, tanto del contrato básico de prestación de servicios financieros como de la permuta de tipos de interés por las siguientes causas:

- a) Contrato básico de prestación de servicios financieros: Nulidad por omisión de la información básica y necesaria que Caixa d'Estalvis del Penedés debía haber facilitado al cliente sobre los productos e instrumentos afectados por el mismo y sus características esenciales, con infracción de lo dispuesto en los art. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores:
- b) Contrato de cobertura de tipos de interés:
 - 1) Nulidad de las condiciones particulares por las siguientes causas
 - Contradicciones en la denominación del contrato que inducen a engaño y confusión del otorgante.
 - Condiciones abusivas que desequilibran gravemente los derechos y obligaciones de las partes (barreras desactivantes)
 - Vicio del consentimiento cercano al dolo por actuación de S.L en contra de los intereses de su cliente a sabiendas de ello.
 - Imposibilidad de determinación del coste de cancelación.
 - 2) Nulidad de las condiciones generales conforme al art. 6 de la LCGC, por contradicción entre el objeto definido en las mismas y las condiciones particulares.



- 3) Nulidad de las cláusulas adicionales y declaración de conocimiento de riesgos por ser contrarias al art. 79.bis.7 LMV, por tratarse de un producto claramente desaconsejable para S.L.

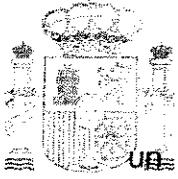
Subsidiariamente a la declaración de nulidad, se solicita la declaración de que la cancelación del producto debe hacerse a coste cero

La parte demandada se opuso a la demanda alegando las siguientes excepciones:

- Cumplimiento por la entidad demandada de sus obligaciones de información previa de todos los elementos esenciales de los contratos impugnados.
- Inexistencia de vicio de consentimiento, pues la entidad demandada no incurrió en dolo, siendo la oferta del producto contratado el cumplimiento de una obligación legal establecida respecto de todos los clientes hipotecarios en el art. 19.1 del real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril; y en caso de haber existido error en la parte actora, el mismo ni recae sobre los elementos esenciales del contrato ni es excusable, pues una mínima diligencia de la parte actora en la contratación lo hubiera evitado, ya que el funcionamiento del contrato de cobertura de riesgo de tipos de interés tiene un funcionamiento aritmético muy sencillo.
- Inexistencia de desproporción en las prestaciones de ambas partes, pues no existe un límite al alza en la asunción del riesgo por parte de Caixa d'Estalvis del Penedés, sino que a partir de una determinada barrera (5,70%) el riesgo asumido se limita a un 0,10%.
- Falta de concurrencia de la condición de consumidor y usuario en el demandante y racionalidad económica y jurídica del régimen de cancelación anticipada del contrato.
- La parte demandante no puede ir contra sus actos propios, pues aceptó las liquidaciones presentadas por Caixa d'Estalvis del Penedés mientras le fueron favorables.

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

TERCERO.- El contrato objeto del presente proceso es una permuta financiera de tipos de interés, también conocida como SWAP, y que consiste en una operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante



un plazo de duración acordado (definición del Contrato Marco de Operaciones Financieras redactado por la Asociación Española de Banca).

Se trata de una modalidad contractual atípica, pero válida y eficaz al amparo del art. 1.255 CC, que reúne las características de ser un contrato bilateral, consensual, sinalagmático, con obligaciones recíprocas para cada parte en cuanto según los tipos referenciales pactados aplicados sobre el importe nominal determinará que la liquidación produzca un saldo negativo (cargo para el cliente) o positivo (abono para el cliente) y con un aspecto aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo del interés, al enfrentarse un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Se trata, además, de un contrato principal y autónomo, pues, aunque puede estar vinculado a una determinada operación de pasivo, no depende de ningún contrato subyacente. Si bien la concertación de un SWAP puede servir para evitar al cliente los vaivenes de los tipos de interés, haciendo fijos sus costes financieros, esta finalidad financiera o económica del SWAP nada tiene que ver con sus efectos jurídicos, de manera que el importe nominal que se fija es un valor ficticio pactado por las partes para que sirva de base de cálculo, sin necesidad de que refleje una realidad subyacente.

Dentro de las diferentes modalidades de SWAP existentes, el de autos es un SWAP bonificado, el cual implica la inclusión de un límite superior (barrera) que modificaría la regla general en aquellos supuestos en que el tipo variable supere dicho límite máximo. Esta mutación del tipo básico, que favorece a la parte obligada al pago del interés variable (entidad financiera) viene acompañada de una mejora o bonificación del tipo fijo a satisfacer por el cliente.

Como todos los contratos, conforme al art. 1.261 CC, surge cuando concurren consentimiento válido, objeto cierto y causa de la obligación que se establezca.

Pese a que la parte actora invoca de forma separada la nulidad de los diversos documentos suscritos en fecha de 28 de octubre de 2008, a saber: "Contracte bàsic de prestació de serveis d'inversió" nº 021972649 y "Swap bonificat de tipus de interès" nº 0552.06540.00003.0 y sus anexos de "declaració de coneixement de riscos", "definicions", "condicions generals" y "clàusules addicionals", se analizarán todos ellos de forma conjunta porque constituyen una unidad negocial.

Para la resolución de las cuestiones planteadas se analizarán dos bloques temáticos:

- Existencia o no de vicio del consentimiento, vinculado al cumplimiento por parte de la demandada de la obligación de información establecida por la normativa específica que le es de aplicación.
- Nulidad de determinadas cláusulas al amparo del art. 8 LCGC por suponer un grave desequilibrio de las prestaciones de las partes.

CUARTO.- VICIOS DEL CONSENTIMIENTO Y DEBER DE INFORMACIÓN DE LA ENTIDAD FINANCIERA.



Conforme al art. 1265 CC será nulo (anulable) el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

El **dolo**, al que hace referencia la parte actora en su demanda, exige, conforme al art.1.269 CC , palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes que inducen al otro a celebrar un contrato que, sin ellas , no hubiera hecho. Son requisitos, conforme a la doctrina científica y la jurisprudencia, para que se aprecie el dolo negocial que invalida el consentimiento: a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración de voluntad de la otra parte, utilizando para ello palabras o maquinaciones adecuadas , proporcionando informaciones falsas o callando informaciones determinantes para la conclusión del contrato que tenían que ponerse en conocimiento de la otra parte conforme a las exigencias de la buena fe; b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; c) que sea grave; d) que no haya sido causado por un tercero ni empleado por las dos partes contratantes. El dolo requiere una cumplida prueba por parte de quien lo alegue.

En el supuesto de autos, la parte actora no acredita la existencia de maquinaciones insidiosas por parte de la entidad demandada. A propósito del error se valorara si la misma cumplió con su deber de información respecto de

S.L , pero lo que en ningún caso resulta de los autos es que proporcionara a la misma datos abiertamente falsos ni que callara de forma maliciosa datos determinantes para la conclusión del contrato que le fueran conocidos.

Por lo tanto, en ningún caso puede hablarse de dolo invalidante del consentimiento.

En cuanto al **error**, definido por la jurisprudencia (por todas STS de 25 de mayo de 1963) como el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, hay que recordar, con la conocida STS de 26 de julio de 2000 (ROJ: STS 6314/2000) que para que el mismo tenga un carácter invalidante del consentimiento deben *“ concurrir en el caso los requisitos que el art. 1266 y la Jurisprudencia (entre otras Sentencias 18 febrero 1994, 14 julio 1995, 28 septiembre 1996 y 6 febrero 1998) exigen al respecto: recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994, y 11 mayo 1998). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (Ss. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1996).”*



Con carácter general , la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca conforme a la diligencia que le era exigible, teniendo en cuenta que cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible. Pero , además, la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Es importante, en este sentido, destacar que la diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta que contrata con un experto (STS de 4 de enero de 1982 , EDJ 1982/93).

Por lo tanto, para valorar la existencia del error invalidante en el presente supuesto han de tenerse en cuenta tanto las circunstancias subjetivas de la parte actora como las de la parte demandada, y , singularmente respecto de ésta última, el cumplimiento o incumplimiento de las **obligaciones de información** que le impone la normativa sectorial que le es aplicable, y respecto de la cual existe polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídico privada (integrando o no, por lo tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (STS 20 de enero de 2003).

En este sentido, como señala la SAP Valencia de 6 de octubre de 2010 (ROJ SAP V 4876/2010): *" El acceso cada vez mayor por los pequeños inversores al mercado financiero y las dificultades o complejidades que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conducta para las entidades de crédito o financieras tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio cuya aplicación a la operación enjuiciada (artículo 2) no es objeto de discusión (...) , modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 , relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, en su artículo 79 bis, enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y , por tanto, la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2 , ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa " (art. 79 bis-3) , es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el Real Decreto 217/2008 de 15 febrero , (aplicable al caso dada la época de concertación contractual) que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60) , la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (artículo 64) . En la descripción se deberá*



requerir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más, si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

En ese sentido es interesante la matización que realiza la SAP Asturias (sección 5ª) de 23 de julio de 2010 (EDJ 2010/166837) en el sentido de que "Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V"

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, deberá determinarse, pues, si la parte actora conocía suficientemente el producto financiero que contrató y, en relación con ello, si la información proporcionada por Caixa d'Estalvis del Penedés fue suficiente para comprender, conforme a las características subjetivas de S.L, a) el alcance y contenido, las características básicas, del producto financiero; b) los riesgos inherentes al mismo.

En este sentido, la parte actora sostiene que el producto se le ofreció como un seguro contra la subida de los tipos de interés, de bajo coste, accesorio a cualquier operación y que podía ser cancelado en todo momento sin penalización, sin que se le facilitara información por escrito ni se le explicara el funcionamiento real del producto.

Respecto de la fase precontractual, no se ha aportado ningún documento que justifique la información que se ofreció a la parte actora antes del contrato. La Sra. , directora de la sucursal de Caixa d'Estalvis del Penedés donde se contrató el producto, manifiesta que, ante la preocupación manifestada por el Sr. , legal representante de S.L y cliente habitual de la entidad, respecto de la subida de los tipos de interés en octubre de 2008, ella le ofreció los diversos productos financieros que cubrían tal riesgo, para explicar cuyo funcionamiento le entregó la impresión de una presentación de Power Point elaborada por la entidad y le explicó verbalmente el funcionamiento del producto a través de un simulador en Excel, existiendo diversas conversaciones al respecto. No habiéndose aportado ni uno ni otro elemento a los autos, no puede determinarse si el contenido de aquella información era suficiente, si bien ha de tenerse en cuenta que la Sra. ha explicado de forma clara y perfectamente comprensible en el acto del juicio



el funcionamiento del SWAP contratado por la parte actora, de donde cabe presumir que las explicaciones que en su momento pudo ofrecer al administrador de misma no fueron ni oscuras ni incomprensibles, al menos en lo que respecta a la mecánica del producto.

Sostiene, además, la Sra. que explicó al Sr. los diversos productos de funcionamiento similar (SWAP, SWAP bonificado, Collar y Collar bonificado,...) optando el Sr. por el SWAP bonificado por ser el más conveniente para sus intereses al establecer un tipo fijo a abonar por el cliente menor que el SWAP, eligiendo igualmente , de entre los ofertados, el tipo variable consistente en EURIBOR a tres meses porque le interesaba disponer de liquidaciones trimestrales con las consiguientes inyecciones trimestrales de tesorería.

A falta de la documentación precontractual entregada a la parte actora, si se acude a la información que sobre el tipo de producto contratado ofrece la página web de la entidad demandada (doc.14 y 14 bis) se observa que la misma es esquemática, pero suficiente en lo que se refiere a la explicación de las características del SWAP bonificado, puesto que se explica el funcionamiento del producto tanto en un supuesto de subida de los tipos de interés como en el supuesto de bajada de los mismos. Ciertamente, solo se destacan en letras grandes las ventajas que para el cliente tiene el producto en un contexto de subida, pero de la lectura completa del documento se desprende que tampoco se oculta el hecho de que la bajada de tipos de interés dará lugar a liquidaciones favorables a la entidad bancaria.

En cuanto a los documentos contractuales, los términos del contrato de SWAP bonificado de tipos de interés son comprensibles en cuanto a los distintos elementos esenciales del mismo (importe nominal, tipo fijo, tipo variable, barrera, diferencial y periodos de liquidación) , conteniendo no solo una explicación del importe a liquidar en cada fecha de liquidación sino un ejemplo concreto del funcionamiento del producto con un tipo variable por debajo del tipo fijo, por encima del mismo y por debajo de la barrera y por encima de esta, en unos términos que , a juicio de este Tribunal, hacían el funcionamiento del producto comprensible.

QUINTO.- Ahora bien, como ya se ha puesto de manifiesto, junto al funcionamiento o mecánica del contrato , es necesario que la información proporcionada por la entidad abarque de forma suficiente los riesgos inherentes al producto que se contrata. En esta materia de **conocimiento de riesgos**, el administrador de S.L suscribió tanto la llamada "Declaració de coneiximent de riscos" inserta en el propio contrato de SWAP, como las "Clàusules Addicionals " al mismo, en las que se hacen afirmaciones análogas sobre que *" las parts declaren ser totalment conscients del risc de volatilitat inherent a la celebració del instrument financer, on el valor de marcat pot variar ràpidament com a conseqüència de variacions en els tipus d'interès, tipus de canvi, cotització d'accions o altres paràmetres rellevants dels mercats financers"* así como que *" las Parts declaren que son capaces de valorar els riscos de l'Instrument Financer (bé per si mateixes o a través d'assessors financers) i declaren conèixer i acceptar els riscos que assumeixen i que tenen capacitat per assumir tals riscos"*.



Pero es necesario determinar si esas genéricas declaraciones se corresponden con la realidad.

La documentación contractual recoge claramente el producto como un elemento de cobertura frente a la subida de tipos de interés. Así se establece en la condición general 2 , "Objete del contracte" , donde se lee que el mismo es dar cobertura al riesgo de incremento del índice al que está referenciado el contrato. El encabezamiento de los documentos contractuales se refiere no a un contrato de SWAP, como se hace en las condiciones particulares, sino a un " Contracte de cobertura de tipos de interés".

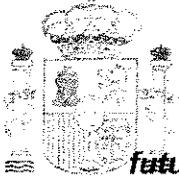
El documento nº 18 de la demanda, elaborado por Caixa d'Estalvis del Penedés y denominado "MIFID, naturaleza y Riesgos de los Instrumentos Financieros", aunque no consta que fuera entregado a la parte actora, recoge la información que Caixa d'Estalvis del Penedés se supone que proporciona sobre estos productos y señala en su apartado 3.23 referido al SWAP de tipos de interés " *es un instrumento muy flexible que se puede adaptar a los activos y pasivos de su empresa, reduciendo o eliminando su riesgo de tipos de interés. Por ejemplo, en un entorno de tipos de interés al alza, una empresa, donde el pasivo esté referenciado a tipo variable, puede limitar sus costes financieros mediante un SWAP y en caso contrario, en un escenario de tipos a la baja, una empresa excedentaria de fondos puede asegurar sus rentabilidades con este instrumento*". No existe, pues, ninguna referencia a los riesgos en un entorno de bajada de tipos de interés, entorno que era inminente en el momento en que se produjo la contratación del producto de autos (octubre de 2008).

Como señala la SAP Asturias de 27 de enero de 2010: " *De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a una previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interesa variable (euribor).*

Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.

De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial.

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. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface a o no su interés.

(...)

Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008 EDL2008/4324 , si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b)."

En el supuesto de autos no consta que se proporcionara esta información, y ya nos hallábamos a las puertas de la brusca bajada de tipos de interés que se produjo a finales de 2008.

Por otro lado, la información contractual sobre las condiciones de cancelación anticipada del producto tampoco es detallada, limitándose a recoger de forma genérica que "Caixa del Penedès valorarà el instrument financer de cobertura a preu de mercat i determinarà el import a liquidar entre las parts. S'adverteix que el valor de cancel·lació anticipada del present instrument financer estarà determinat per les condicions del mercat en aquest moment, la qual cosa podrà suposar, en el seu cas, que el titular suporti el cost corresponent". No consta que se hubiera informado al cliente de que la cancelación anticipada supusiera asumir el coste que para la entidad financiera tuviera afrontar los gastos del contrato espejo o simétrico suscrito en otra entidad por el que se pretende cancelar, lo que requiere una serie de cálculos que no consta que el cliente pueda fácilmente realizar por sí.

Por lo tanto, si se une la falta de conocimiento suficiente sobre los riesgos derivados de una bajada importante de los tipos de interés con el desconocimiento sobre el coste de cancelación real del producto que, además, crece más cuanto más bajos sean los tipos de interés, nos encontramos con que el cliente minorista asume una operación financiera que piensa se le pone a salvo de las subidas de los tipos de interés en la financiación de su pasivo sin conocer que en un determinado contexto, más o menos probable en el momento de la contratación, ese producto le supondrá importantes pérdidas y , además, no se podrá desvincular del mismo antes de su vencimiento sin soportar altos costes cuyo cálculo ni siquiera puede prever por sí.

La falta de información suficiente sobre los riesgos que asumía la empresa actora no tendría relevancia respecto del consentimiento contractual si se acredita que la misma poseía capacidad suficiente para tener conocimiento por sí misma de tales circunstancias. Sin embargo, solo se ha acreditado que se trata de una empresa con un capital social de 70.030 y cuyo objeto social no es solo el comercio náutico, como sostiene la demanda, sino que abarca la promoción, construcción y venta de inmuebles, urbanización del suelo, adquisición, explotación, disfrute, arrendamiento, administración, gravamen y enajenación de fincas rústicas y urbanas, sin que tales



operaciones inmobiliarias puedan considerarse tan anecdóticas como sostiene la actora, a la vista de que tenía contratada con la parte demandada una póliza de crédito garantizada con hipoteca por importe de 895.000 , precisamente para hacer frente a necesidades puntuales de tesorería derivadas de tales actuaciones inmobiliarias.

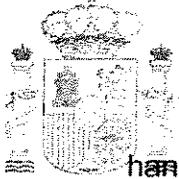
Sostiene, además, la parte demandada que solicitada información de riesgos al Banco de España para la contratación del SWAP les fue comunicado que la empresa tenía un riesgo de cuatro millones de euros, uno de ellos dispuesto, y un patrimonio neto de once millones de euros en inversiones inmobiliarias , así como derivados financieros en otras entidades, gestionando su administrador, Sr. , las cuentas de al menos veinte empresas en la misma Caixa d'Estalvis del Penedés. Sin embargo, la única prueba se aporta de ello es la declaración de la Sra. , empleada de Caixa d'Estalvis del Penedés, sin que se aporte acreditación alguna documental de tales extremos que, tanto en virtud del principio de facilidad probatoria como del reparto de la carga de prueba conforme al art. 217 LEC, debían ser acreditados por la misma.

Como señala la SAP Asturias (sección 7ª) de 10 de diciembre de 2010 (ROJ SAP O 2477/2010) con cita de la SAP Valencia de 26 de abril de 2006: *"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 un hecho negativo como es la ausencia de dicha información"*.

En relación con ello, hay que señalar, igualmente, que la parte demandada tampoco ha probado que llevara a cabo el llamado test de conveniencia a que le obliga la LMV tratándose, como no se acredita otra cosa, de un cliente minorista, para valorar los conocimientos y experiencia del cliente, analizando cuestiones como el tipo de productos y servicios con los que el cliente está familiarizado, la naturaleza, frecuencia, volumen y periodo en que ha operado previamente y su nivel de estudios y profesión, actuales o anteriores.

En definitiva, no se ha acreditado que la información ofrecida a la parte actora antes y durante la perfección del contrato fuera adecuada para que ésta adoptara la decisión de contratar con conocimiento de los riesgos que asumía , de manera que aquella pensó estar contratando un instrumento financiero que la protegía del riesgo de subida de los tipos de interés en su financiación a tipo variable, sin conocer que en caso de bajada de dichos tipos, existirían importantes costes financieros a abonar a la entidad, con el consiguiente daño para los intereses de la empresa.

En cuanto al carácter esencial del error padecido, que hay que entender que recae sobre la causa del mismo, habida cuenta de lo que ha venido señalando la jurisprudencia al respecto de la relación entre la causa del contrato y los móviles que



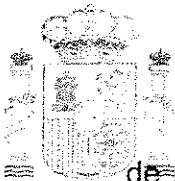
han llevado a las partes a contratar, en este caso, el deseo de evitar el riesgo de una subida de los tipos de interés en la financiación con tipo variable.

Así la SAP Asturias de 23 de julio de 2010 recuerda que *"la consideración objetiva de la causa de los contratos ha llevado a rechazar su identificación con los motivos o previsiones de cada parte al contratar (SES 27-5-1982, 29-11-89 ra 7921, 4-12-97 ra 8727 Y 1-4-98 como también con el buen fin de la operación o lucro inicialmente proyectado y menos aún cuando la operación pueda calificarse de especulativa (STS 5-12-2006 /2007) ni por tanto, tampoco, en fin, pudiera alegarse error por frustración de las previsión o combinaciones negociales respecto de hechos ocurridos durante la fase de consumación del contrato (sts 17-10- 1989)*

Ahora bien, también ha matizado la doctrina jurisprudencial que los motivos integran la causa del contrato cuando son causalizados, es decir, cuando son asumidos por ambas partes (STS 21-3-2003; que "para entender el verdadero alcance o significado de la causa como razón de ser del contrato- y con una incesante polémica doctrinal respecto a su exacta configuración-, que no puede omitirse el peso que en toda esa configuración debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y que si ésta puede explicitarse, en el conjunto de las circunstancias que emergen de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta la misma para integrar aquel concepto, pues de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado; bien es cierto que con ello se margina la dualidad entre la causa como elemento objetivo trascendente con los móviles o motivos internos de cada interesado- es conocida esa diferencia de los motivos en que se determina por los móviles con trascendencia jurídica, que incorporados a la declaración de voluntad en forma de condición o modo forman parte de aquélla a manera de motivo esencial impulsivo o determinante"-; mas, se repite, según la información que late en ese principio jurisprudencial la conjunción entre ambos es posible sobre todo si al ser lícitos los móviles particulares que implícitamente explican el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado, coadyuvan el hallazgo de aquel designio de razonabilidad" (STS 29-11-1989".

En el presente supuesto, se ha acreditado que ya la representante de la entidad financiera ofreció expresamente el producto al representante de la actora como un medio de evitar los costes financieros de una subida de tipos, ante la preocupación expresada por éste al respecto, de manera que nos hallamos ante un móvil que tiene trascendencia jurídica y que fue aceptado por las dos partes, quedando, de esta forma, incorporado a la causa del contrato, de manera que el error respecto de dicho elemento es un error esencial que debe dar lugar a la anulabilidad del contrato.

Por último , la parte demandada invoca la **doctrina de los actos propios**, entendiendo como tal la aceptación por la parte actora de la primera liquidación favorable a la misma. En realidad, se trataría del instituto de la convalidación del negocio jurídico , en forma tácita, por actos del que tuviere derecho a ejercitar la acción



de nulidad que impliquen necesariamente la voluntad de renunciarla, conforme a los art. 1309 y 1311 CC ("*la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente*", "*la confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo*").

La confirmación tácita solo puede producirse cuando ha cesado la causa de nulidad y el contratante perjudicado la conoce, lo que no ocurre en el presente caso hasta que llega la primera liquidación negativa, pues es lógico que aceptase la positiva si contrató en el convencimiento de que suscribía una cobertura de la subida de tipos de interés, desconociendo las consecuencias negativas en caso de bajada de los tipos. La propia empleada de la parte demandada pone de manifiesto que desde el momento en que los tipos empezaron a bajar, el Sr. fue a la entidad a quejarse de la situación, aun antes de haber comenzado las liquidaciones negativas, por lo que no puede hablarse de confirmación tácita del contrato anulable.

Procede, pues, declarar la **nulidad del contrato**, con las obligaciones consiguientes, conforme al art. 1.303 CC, esto es, la restitución recíproca de las cantidades entregadas con los intereses legales.

SEXTO.- Siendo anulable el contrato por vicios del consentimiento, no es necesario entrar en las restantes causas de nulidad parcial que invoca la parte actora, debiendo solo mencionar al respecto lo siguiente:

- a) Que no es aplicable al supuesto de autos la **normativa sobre consumidores y usuarios** que en algún momento se invoca, pues la parte actora es una entidad mercantil que ha suscrito los contratos discutidos en el desarrollo de su actividad profesional y para estabilizar los costes financieros de la misma. (art. 2 y 3: *Está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios y son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*).
- b) Que sí es de aplicación, en cambio, la **ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la contratación**, con independencia de que nos encontremos ante un cliente consumidor o no, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 de aquella norma en cuanto a su ámbito objetivo (*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*) y en el art. 2 en cuanto a su ámbito subjetivo (*La presente ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o*



jurídica –adherente), por lo que son de aplicación los art. 7 (No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato) y 8 (Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención),

- c) Dicho ello, no puede estimarse que la barrera establecida incida en ninguna de las prohibiciones expuestas, pues es claro su funcionamiento y fue conocida por el cliente y aceptada por el mismo con su firma. Ni siquiera puede estimarse que sea una cláusula abusiva en el sentido de que altere el equilibrio de las prestaciones, ya que la diferencia del riesgo que asumen uno u otro contratante a partir del tipo fijado como barrera (5,70 %), (el cliente ha de seguir abonando el tipo fijo y el banco solo abona un 0,1% sea cual sea el tipo variable) , es , por un lado, consecuencia del carácter aleatorio del contrato ya que tiene que ver con la variación de los tipos de interés y, por otro, tiene como contrapartida a favor del cliente que el tipo fijo con el que ha de retribuir a la entidad financiera es menor que en un SWAP simple, por lo que no se rompe el equilibrio de las prestaciones por el hecho de que a partir del tipo barrera la entidad financiera solo abone un diferencial pactado y no el tipo variable de referencia. Por otro lado, la nulidad de la cláusula abusiva por contravenir el equilibrio de las prestaciones entre las partes resulta de la legislación de protección de los consumidores, no aplicable al presente supuesto, como se ha señalado. Distinto es que , dentro de la información sobre los riesgos inherentes al contrato, el cliente hubiera estado debidamente informado de las consecuencias de la existencia de la barrera , a lo que es de aplicación todo lo establecido en los fundamentos preferentes.

SÉPTIMO.- En cuanto a las **costas**, en aplicación del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede su imposición al litigante vencido, en este caso el demandado, como parte del resarcimiento debido al derecho del ganador, quien pese a tener este derecho no habría podido hacerlo efectivo sin incurrir en gastos de defensa, sin que pueda estimarse que existan dudas de hecho o de Derecho que justifiquen la no imposición de las mismas.

Vistos los anteriores y demás de general aplicación



FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por [redacted] S.L. debo declarar y declaro la nulidad de los contratos "Contracte bàsic de prestació de serveis d'inversió" nº 021972649 y "Swap bonificat de tipus de interès" nº 0552.06540.00003.0 y sus anexos de "declaració de coneixement de riscos", "definicions", "condicions generals" y "clàusules addicionals" suscritos con Caixa d'Estalvis del Penedés en fecha de 28 de octubre de 2008, con la consiguiente nulidad de las liquidaciones realizadas en virtud de los mismos hasta la fecha de la presente sentencia y la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades que hubieran percibido como resultado de dichas liquidaciones, con los intereses al tipo legal del dinero.

Se imponen las costas procesales a Caixa d'Estalvis del Penedés.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación, que puede prepararse en el plazo de CINCO DÍAS en este Juzgado, para ante la Audiencia Provincial de Gerona.

Al anunciar o preparar el Recurso de Apelación, la parte recurrente deberá acompañar al escrito de anuncio justificante de haberse efectuado en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de éste Juzgado, el depósito, por importe de 50 euros, contemplado en el Artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, que modifica la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, sin cuyo justificante no se admitirá a trámite el referido recurso.

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

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

PUBLICACIÓN.- Esta sentencia fue publicada mediante lectura en audiencia pública por SSª en el mismo día de su fecha, de lo que doy fe yo, el Secretario.