

Antonia García del Puerto
Procuradora dels Tribunals
Tel. 93.805.44.50 Fax: 93.803.95.03
procuradora@garciadelpuerto.com

Ldo. : M. JOSE SALGADO LANZOS
Cte. :
C.: BANCO SANTADER, S.A.
NOTIFICADO: 27/03/15

**Juzgado Primera Instancia 3 Igualada
Mn. Cinto Verdaguer, 113-117/cant. c.Lleida
Igualada**

**Procediment Procedimiento ordinario 601/2014
Secció M**

Part demandant
Procurador ANTÒNIA GARCIA DEL PUERTO
Part demandada BANCO SANTADER, S.A.
Procurador M^{re}REMEI PUIGVERT ROMAGUERA

SENTENCIA núm. 64

En Igualada, a veinticinco de marzo de dos mil quince.

Vistos por mí, Don Salvador Ramón Sánchez-Gey González, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Igualada, Barcelona, los autos de Juicio Ordinario registrados con el número 601/14, en el que han intervenido como demandante Don [redacted] asistida de la Letrada Sra. Salgado Lanzós y representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. García del Puerto y como parte demandada Banco Santander S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Puigvert Romaguera y defendida por el Letrado Sr. García Carrillo; en nombre de Su Majestad el Rey, he dictado la siguiente Sentencia:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales [redacted] del Puerto en nombre y representación de [redacted] presentó ante el Juzgado Decano de este Partido, con fecha de registro general de 31 de julio de 2.014, demanda de Juicio Ordinario contra la entidad mercantil Banco Santander S.A. en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendía de aplicación, suplicaba del Juzgado la admisión del escrito y documentos anejos, y previos los trámites legales, se dictase Sentencia por la que se declare la nulidad de la Confirmación de Operaciones de Tipo de interés Collar,

suscrito entre los demandantes y la demandada con fecha 27 de junio de de 2.008, por no haber emitido la actora un consentimiento válido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho y, en virtud de dicho pronunciamiento se restituyan, recíprocamente, las cantidades cargadas/abonadas en aplicación de la misma, así como los intereses legales desde la fecha de cada cargo/abono.

SEGUNDO.- Turnado que fue el conocimiento de la demanda a este Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, con carácter previo a su admisión a trámite se dictó Decreto de admisión a trámite de la demanda, de fecha 2 de octubre de 2.014, y se acordó dar traslado de la misma al demandado y emplazarle para que la contestase en el plazo de veinte días con los apercibimientos legales.

La Procuradora de los Tribunales Sra. Romaguera Puigvert en nombre y representación de Banco Santander presentó, con fecha de registro general 29 de octubre de 2.014, escrito de contestación a la demanda en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendía de aplicación, suplicaba del Juzgado la admisión del indicado escrito y documentos adjuntos, y previos los trámites legales, se dictase sentencia por la que se desestimara las pretensiones de la actora, con expresa condena en costas de la parte demandante.

TERCERO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 11 de noviembre de 2.014 se tuvo por contestada la demanda en tiempo y forma, y se acordó convocar a las partes a la celebración de la audiencia previa al juicio, que habría de tener lugar el día 16 de diciembre de 2.014.

En la data indicada comparecieron las partes en tiempo y forma. Iniciado el acto, se constató que los litigantes no habían llegado a un acuerdo, ni existía la posibilidad de tal. No se plantearon cuestiones procesales que pudieran obstar a la válida prosecución y término del procedimiento mediante una sentencia sobre el fondo del asunto. Terminado el trámite de alegaciones complementarias o rectificaciones de extremos secundarios de las peticiones de las partes, e impugnaciones de documentos presentados de contrario, se fijó el hecho objeto de controversia y se recibió el pleito a prueba. Para concluir la audiencia previa, se acordó señalar la celebración del acto del juicio para el día 24 de marzo de 2.015.

CUARTO.-En la fecha prevista tuvo lugar el desarrollo del acto oral. Habiéndose practicado las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra en las actuaciones, las partes litigantes formularon conclusiones, y quedaron las actuaciones previstas para el dictado de sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte demandante acción de nulidad contractual prevista en los artículos 1.261 y siguientes del Código Civil, y 1.300 y siguientes de la citada norma.

Como base fáctica de su pretensión, se expone en la demanda que el actor es cliente de la mercantil Banco Santander, S.A. teniendo diferentes productos contratados con la misma (hipotecas, cuentas corrientes, planes de pensiones...). Pues bien en fecha de mayo de 2.008 se firmó una ampliación de la hipoteca y un mes después, en concreto el 27 de junio de 2.008 se firmó entre el actor y la entidad demandada un contrato denominados Tipo de interés Collar en virtud del cual, y según la parte actora, se le vendió como un seguro que serviría para la subida de los tipos de interés y todo ello al haberse firmado una hipoteca o una ampliación de la hipoteca con interés variable.

En un primer momento, el actor, junto con su esposa, no estuvieron interesados en dicho producto financiero puesto que llevaba aparejado un coste que no podían asumir. Pero, pasados unos días, volvieron a recibir la llamada del Director de la Oficina y hombre de confianza del actor, por la que se le comunicaba que al ser el actor autónomo se le ofrecía de forma gratuita dicho seguro. Por este motivo, acudieron tanto actor como su esposa, a la Oficina de la Sucursal y firmaron el contrato mencionado en poco más de cinco minutos.

Lo que no se le explicó al actor es que lo que había firmado era un contrato complejo y de riesgo puesto que había un umbral en el que se movía dicho producto. Ahora bien, si los tipos de intereses subían sería riesgo y

ventura de la entidad bancaria, en cambio como bajarán los mismos sería el cliente o actor el que asumiera dichas diferencias.

Asimismo, por parte del Director de la Sucursal nunca les informó sobre los riesgos que para los clientes suponía la contratación del producto financiero, sino que, durante la fase previa a la contratación, ponderó las posibles ventajas que tendría para la parte actora sin mencionar las desventajas económicas que podría reportarles la suscripción del contrato, limitándose a facilitarles una información sucinta. Además de silenciar dichos inconvenientes potenciales, no informó de que la tendencia de los tipos de interés era a la baja, como publicaban varios estudios elaborados por compañías bancarias, incluido uno confeccionado por la misma persona jurídica contra la que se dirige el procedimiento. Con ello ocultaba a los clientes que, debido al funcionamiento del contrato las liquidaciones resultantes del mismo serían favorables al banco y perjudiciales para los demandantes.

Por otro lado, y en relación con la deficiente información suministrada por la entidad bancaria no se practicaron ninguno de los test necesarios para evaluar la idoneidad del cliente seleccionado para contratar el producto, ni les entregó información precontractual y contractual que les permitiera ponderar, dado el carácter particular y no profesional de los contratantes, la conveniencia de suscribir el contrato que se les ofrecía, con pleno conocimiento de la dinámica del mismo y de los factores concretos que, en el momento de producirse la oferta, podrían influir sobre el resultado para ellos del acuerdo de voluntades.

Con posterioridad a la firma del contrato, al año siguiente, llegó la primera liquidación negativa 2.634,24.- euros. Tras el cargo correspondiente, el actor volvió a hablar con el Director de la Oficina el cual les tranquilizó manifestándole que no se preocuparan y que el año siguiente se compensarían las cantidades.

En el noviembre siguiente, el del año 2.010, la liquidación negativa fue de 13.945,67.- euros. Al comprobar que no se había compensado lo de la liquidación anterior sino que se había incrementado el actor volvió a hablar con el y fue entonces cuando entendió el mismo la naturaleza del producto que habían contratado. Por este motivo quiso anular el mismo manifestándole la entidad bancaria que tenían que asumir el coste de cancelación que alcanzaba el valor de los 40.000.- euros. Al no poder asumir dicha cantidad el actor tuvo que continuar con dicho

producto hasta su finalización, llegando a cargar tres liquidaciones negativas más, en 2.011, 2.012 y 2.013 por valores de: 12.649,28; 10.597,73; y 16.468,98.- euros. Para el abono de la última de las liquidaciones tuvo, incluso, que solicitar un crédito ICO.

Sobre el *factum* expuesto, con expresa cita, sobre el fondo del asunto, del artículo 51.1 de la CE, de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, de los artículos 1.256, 1.261, 1.262, 1.265 y 1.266 del CC, de los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, de los artículos 60 y 64 del Real Decreto 217/08, de 15 de febrero, de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1.988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y del artículo 394.1 de la LECiv., en materia de costas realiza la parte actora la petición que consta reproducida en el Antecedente de Hecho Primero de esta resolución.

SEGUNDO.- Opone la parte demandada al éxito de la acción ejercitada contra la misma, los siguientes argumentos fácticos y jurídicos.

1.- En primer lugar opone la excepción de caducidad al haber transcurrido los cuatros años, legalmente establecido, para este ejercicio de acciones (artículo 1.301 del Código Civil)

2.- Inexistencia de error en el consentimiento, al haberse informado, de forma correcta y estando a los reglamentariamente asentado, sobre las características del producto el contenido, funcionamiento y riesgo derivado del contrato. Asevera la demandada que el actor, ante las previsiones alcistas del EURIBOR, pretendían cubrirse las eventuales subidas de éste que desde el año 2.005 se venían produciendo, y cuya caída era imprevisible al momento de suscribirse el contrato, como evidenciaban las publicaciones especializadas, y con esta fin económico contrataron libremente con la entidad bancaria. La compañía demandada no conocía, en el momento de la contratación, la tendencia a la baja del EURIBOR.

Por este motivo, se le ofrece al actor porque éste le había mostrado su preocupación por el incremento del EURIBOR, y entregó al mismo la ficha informativa del contrato para que se informara. Días después, en una segunda reunión, se le informó minuciosamente sobre el funcionamiento del producto, sus beneficios y sus riesgos, incluso con determinadas simulaciones.

En definitiva, no puede entenderse se haya actualizado error invalidante en el consentimiento de la parte actora por ausencia de los requisitos de la esencialidad e inexcusabilidad del error, institución que debe ser interpretada restrictivamente conforme a reiterada jurisprudencia.

TERCERO.- El contrato de Collar es una variante del contrato bancario complejo denominado swap. En concreto, puede concluirse que el mismo es un swap en su modalidad de «Interest rate swap» o swap de tipos de interés (también IRS, clip, 'bono clip', cuota segura, permuta financiera), y que es un contrato en virtud del cual dos partes acuerdan hacerse cobros y pagos que dependerán del tipo de interés que se acuerde en el contrato y que esté vigente en cada momento.

Tomando como base el contenido de la SAP de Huelva, Sección Primera, de 25 de abril de 2.012, número de recurso 3/2012, el contrato de swap, y, por tanto, el clip hipotecario, variante del swap referida a la permuta de tipos de interés, pues definirse en los siguientes términos:

*“En muchas sentencias (de 26 de marzo del 2010, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Vigo, 74/2010, de 18 de mayo del 2010, del número 1 de Orense, 276/2010, de 5 de noviembre, del número 11 de Bilbao, y de 18 de octubre, del Juzgado número 6 de los Mercantil de Madrid, y de 18 de junio del 2010, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, 486/2010, de 13 de Octubre de la Sección 1ª de la de Pontevedra y 216/2011, de 20 de junio y 274/2011, de 22 de julio, de la Sección Quinta de la de Baleares), se reproduce la **definición sintética** que del «**swap**» proporciona el «Dictionary of Banking Terms»: «...**un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable ...**» [«...an arrangement whereby two parties (called counterparties) enter into an agreement to exchange periodic interest payments...»].*

El swap es un producto financiero complejo con casi medio siglo de historia pensado, principalmente, para empresas y autónomos por el que los prestatarios y las entidades financieras sellan un acuerdo en el que los créditos van a estar referenciados a un tipo de interés fijo durante un plazo establecido, independiente de variaciones externas.

En la bibliografía especializada se define como «...un contrato por medio del cual dos partes (con intereses contrapuestos o valoraciones opuestas sobre las posibilidades de variación de diferentes tipos de subyacentes: divisas, tipos de interés, cotización de valores negociables, materias primas, índices bursátiles, etc.) se comprometen a realizar una serie de pagos y/o cobros durante un período de tiempo por ellas determinado, que se hacen depender del devenir del precio del subyacente escogido ...».

«... La permuta financiera o swap consiste en un intercambio de tipos de interés pudiendo definirse, al menos en el plano teórico, como un contrato aleatorio y altamente especulativo, que juega con la evolución de un determinado subyacente, como puede ser un tipo de interés determinado o un concreto índice de referencia. De tal forma que, teóricamente, los contratantes "ganan o pierden" según que el subyacente (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"»

«... Bajo la denominación de " contrato de permuta financiera", "contrato de intercambio de tipos/cuota", o swap en su versión anglosajona, nos encontramos ante una figura financiera sin regulación legal alguna (contrato atípico, en términos jurídicos) en virtud del cual, el cliente y la entidad de crédito intercambian pagos de interés durante un período establecido. ...»

En el **Anexo II del «Contrato Marco de Operaciones Financieras 2009»**, de la **Asociación Española de Banca**, en el que se contienen las definiciones para la interpretación de las confirmaciones de operaciones documentadas al amparo de aquél, se define la «permuta financiera de tipos de interés» como «...aquella 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 Periodo de Duración acordado ...».".

Además, debe tenerse en cuenta la definición que ya se ha efectuado de swap de tipo de interés como ya se ha expuesto, en su modalidad de tipo de interés al inicio de este Fundamento para identificar el clip hipotecario como variante del swap.

Las características principales del swap, y, por tanto, del clip hipotecario, igualmente están sintetizadas en la referida SAP de Huelva, Sección 1ª, de 25 de abril de 2.012:

"Las características de un contrato de swap , que determinan su naturaleza jurídica, son, según se desprende del estudio de la bibliografía especializada:

[a] Contrato atípico, válido conforme al artículo 1255 del Código Civil .

Así lo califican, por ejemplo, las Sentencias 25/2010, de 27 de enero, y 286/2010, de 23 de julio, del mismo tribunal, ambas de la Sección 5ª de la audiencia Provincial de Asturias, y más recientemente, las 5/2012, de 9 de enero, de la Sección 1ª de la de Valladolid, 37/2012, de 9 de febrero, de la Sección 1ª de la de Palencia, de 14 de febrero del 2012, de la de Barcelona, 76/2012, de 23 de febrero, de la Sección 3ª de la de Badajoz, 101/2012, de 28 de febrero, de la Sección 1ª de la de Ourense,

[b] Es consensual, bilateral, generador de recíprocas obligaciones y sinalagmático , de manera que genera una interdependencia de prestaciones, actuando cada una como causa de la otra. Así, ambas partes se obligan a liquidar periódicamente, normalmente mediante compensación, ciertos pagos a favor de uno o de otro de los contratantes.

En este sentido, y por recientes, pueden consultarse las Sentencias 20/2012, de 20 de enero, 37/2012, de 31 de enero, de la Sección 4ª de la de Santa Cruz de Tenerife, de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, 37/2012, de 9 de febrero, de la Sección 1ª de la de Palencia, 87/2012, de 14 de febrero, de la Sección 13ª de la de Barcelona, 67/2012, de 21 de febrero, de la Sección 5ª de la de Asturias.

[c] Es complejo (Sentencias, entre otras, y por recientes, 5/2012, de 9 de enero, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, 4/2012, de 10 de enero, de la Sección 3ª de la de Badajoz, 20/2012, de 23 de enero, de la Sección 5ª de la de Cádiz, 72/2012, de 26 de enero, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lugo, 37/2012, de 9 de febrero, de la Sección 1ª de la de Palencia, 76/2012, de 23 de febrero, de la Sección 3ª de la de Badajoz), como se colige del artículo 79 bis.8 de la Ley

24/1988, de 28 de julio , (según Ley 47/2007 de 19 diciembre 2007) del Mercado de Valores, con arreglo al cual «... No se considerarán instrumentos financieros no complejos: ... ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de esta Ley...», entre ellos (número 6), los instrumentos financieros derivados para la transferencia del riesgo de crédito.

De modo que, aunque la iniciativa de contratarlo parta del cliente, la entidad bancaria debe llevar a cabo el «test de conveniencia» del artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, a cuyo tenor «... [a] los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior [de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras] deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional, para comprobar la adecuación del producto a su perfil de cliente. ...».

En la Sentencia 539/2010, de 16 de diciembre, de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, no se llevó a cabo ese test, y esta omisión determinó la anulación del contrato de gestión de riesgos financieros por existencia de error. Lo mismo ocurrió en la Sentencia 445/2010, de 10 de noviembre, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos.

[d] Las obligaciones de uno y de otro contratantes son diferentes porque mientras el prestatario se compromete al pago resultante de un referencial fijo de interés, su contraparte lo hace a uno variable. Los especialistas y numerosas resoluciones judiciales ponen de relieve, por eso, que la operación tiene **cierto carácter aleatorio, de incertidumbre o especulativo** [Sentencias 25/2010, de 27 de enero, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, 72/2012, 20/2012, de 20 de enero, de la Sección 8ª de la de Alicante, 29/2012, de 24 de enero, de la

Sección 3ª de la de A Coruña, 24/2012, de 26 de enero, de la Sección 5ª de la de Zaragoza, 38/2012, de 31 de enero, de la Sección 4ª de la de Tenerife, 37/2012, de 9 de febrero, de la Sección 1ª de la de Palencia, 87/2012, de 14 de febrero, de la Sección 13ª de la de Barcelona, 67/2012, de 21 de febrero, de la Sección 5ª de la de Asturias, 101/2012, de 28 de febrero, de la Sección 1ª de la de Ourense, y 182/2012, de 19 de marzo, de la Sección 5ª de la de Zaragoza], pero no en el sentido del artículo 1799 del Código Civil (pura apuesta basada únicamente en el azar, lo que podría no admitirse) sino que su causa reside en el intercambio de prestaciones para disminuir la exposición al riesgo de tipo de interés de ambas partes y no a voluntad de uno de ellos (artículo 1256 del Código Civil) sino uno a tipo fijo y el otro a tipo referenciado (que es público y conocido por ambos, como el Euribor).

Tiene también -se ha escrito- «...**cierto carácter de futuro o de condición**, dado que las obligaciones irán naciendo para las partes según elementos futuros de acaecimiento cierto (oscilaciones del Euribor en determinados momentos) pero de contenido incierto (no se sabe si aumentará o disminuirá conforme al tipo fijo concertado), sin menoscabo de lo que comentamos infra en relación a la asimetría de la información ...».

[e] Por último, tiene también **cierto componente «asegurativo»** (Sentencia 276/2010, de 6 de octubre, de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia) , porque ambas partes en el swap pretende cubrirse sus respectivos riesgos. Sin embargo, se advierte, «... no puede ser considerado como un contrato de seguro por dos motivos: primero, porque no cumple el requisito del artículo 1 de la Ley 50/1980, de asegurar a cambio de cobro de prima; y, sobre todo, vistos los derechos y obligaciones de las partes en conjunto, el swap genera en sí un riesgo de tipo de interés (mitiga uno creando otro), porque dependiendo si sube o baja el tipo referenciado (por ejemplo, al Euribor) este siempre creará un diferencial de interés en relación al tipo fijo prefijado, de manera que casi siempre generará obligaciones para una de las partes basándose en esta "alea" o, si se prefiere, riesgo, de manera que tiene un alto componente especulativo, que, en cualquier caso, debe combinarse con el mencionado carácter "asegurativo". ...»"

CUARTO.- Como se ha indicado, el contrato firmado entre las partes, como variante del swap, es un contrato bancario complejo.

La clasificación de los contratos o instrumentos financieros en complejos o no tiene su origen en la llamada Directiva Europea 2004/39/CE de Mercados de Instrumentos Financieros (MIFID), cuya transposición al ordenamiento jurídico español viene dada a través de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, modificada por la Ley 47/2007 de 19 de Diciembre, y el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. La Directiva divide los productos financieros en excluidos de la Directiva, no complejos y complejos:

- Productos excluidos de la aplicación de la Directiva MiFID , como, por ejemplo, cuentas corrientes, libretas de ahorro a la vista, imposiciones a plazo fijo, depósitos a plazo de rendimiento variable con capital garantizado, planes de pensiones o seguros de ahorro.
- El instrumento financiero se considerará no complejo si concurren los siguientes requisitos:
 - Existen posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor.
 - No implica pérdidas reales o potenciales para el cliente que exceda del coste de adquisición del instrumento.
 - Existe a disposición del público información suficiente sobre sus características, que sea comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento. A título de ejemplo pueden citarse como productos no complejos: acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; instrumentos del mercado monetario; obligaciones u otras formas de deuda titulizadas salvo que incorporen un derivado implícito; instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo...
- Instrumentos financieros complejos son todos aquellos que no reúnan los requisitos señalados en el apartado

anterior para los instrumentos no complejos. En cualquier caso, se considerarán instrumentos financieros complejos:

- o Contratos de opciones y futuros, derivados y *warrants* .
- o Fondos de inversión de gestión alternativa de alto riesgo y fondos de modalidad *hedge Funds* .
- o Depósitos estructurados que no garantizan el 100 % del capital invertido.
- o Deuda subordinada.
- o Acciones y participaciones preferentes.
- o Otros activos no cotizados en mercados regulados con escasa liquidez.

La relación concreta puede encontrarse en el artículo 2 de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Este precepto incluye como instrumentos financieros, además de los valores negociables que enumera, los siguientes tipos de contratos:

- Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.

Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a petición de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato).

Contratos de opciones, futuros, permutas y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que puedan liquidarse en especie, siempre que se negocien en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación.

Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidadas mediante entrega física no mencionados en el apartado anterior de este artículo y no destinados a fines comerciales, que presentan las características de otros

instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.

Instrumentos financieros derivados para la transferencia del riesgo de crédito.

Contratos financieros por diferencias.

Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro supuesto que lleve a la rescisión del contrato), así como cualquier otro contrato de instrumentos financieros derivados relacionado con activos, derechos, obligaciones, índices y medidas no mencionados en los anteriores apartados del presente artículo, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación, se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.

Atendiendo al tenor literal de la norma, puede entenderse que los contratos de swap y, por ende, los collar hipotecarios, en cuanto derivados financieros, están incluidos en el ámbito de aplicación de la directiva MiFID, y de la normativa que traspuso la misma al derecho interno, sin que la "Resolución" (en palabras de la parte demandada) Conjunta del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, publicada el 20 de abril de 2.010, pueda desvirtuar dicha conclusión, porque es un comunicado conjunto o, como el propio documento lo califica, una "nota", y no es una circular, instrumento a través del cual ejerce su capacidad normativa el Banco de España, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley 13/1.994, de Autonomía del Banco de España, y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, según codifican los artículos 15 y 16 de la Ley 24/1.988.

Debe concluirse, por ello, que el documento de 20 de abril de 2.010 tiene fines meramente orientativos y aclaratorios, y que persigue delimitar la institución

competente para resolver según qué reclamaciones, pero no tiene carácter de norma jurídica aplicable, y no puede sustituir o matizar con fuerza vinculante el tenor literal de la normativa antes expuesta. La propia nota principia en los siguientes términos, claramente definatorios de su finalidad: *"La presente nota tiene por objeto delimitar los casos en los que las competencias supervisoras y de resolución de reclamaciones que afectan a instrumentos financieros derivados de cobertura de riesgos de tipo de interés o divisa corresponden a la CNMV o al Banco de España. Aunque la supervisión de estos instrumentos financieros corresponde en principio a la CNMV, sin embargo, en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura, el Banco de España, por la vía de la accesoriidad, resultará competente respecto de un servicio de inversión que aparece ofertado como "parte de ellos".*". Sobre este particular, ver SAP de Asturias, Sección 7ª, número 484/11.

QUINTO.- Con carácter previo a resolver el fondo del asunto, cabe resolver la excepción de caducidad de la acción por transcurso de cuatro años que ha sido traída a colación en el acto del Juicio.

Mantiene la demandada que se está ejercitando una acción de anulabilidad, y que al tratarse de una operación realizada en noviembre de 2.008, han transcurrido más de cuatro años desde la consumación del mismo y por tanto ha tenido lugar la caducidad de la acción, ya que la consumación tiene lugar con el pago del precio y la incorporación al patrimonio de los demandados de los títulos adquiridos.

La excepción de caducidad debe desestimarse. Tomando en consideración lo manifestado en el fundamento jurídico precedente y en cuanto a la actora, estamos ante una acción de nulidad relativa o anulabilidad (no de nulidad absoluta) a la que le es aplicable el plazo de cuatro años señalado en el artículo 1.301 del CC, que dispone que:

"La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: ... En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato...".

Sin embargo no cabe confundir consumación del contrato con perfección del mismo. Efectivamente, así se ha venido manteniendo por la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar el cómputo del plazo del artículo 1.301 del CC.

Señala que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al artículo 1.969 del CC, sino desde la consumación, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 (en relación a un contrato de préstamo) que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. En el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003, 11 de julio de 1984, 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928, entre otras.

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el artículo 1.301 del CC. Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato.

Aplicando dicha doctrina al presente supuesto de compra o adquisición de deuda subordinada de CATALUNYA BANC, S.A., resulta que tras la ejecución del mandato de compra de valores el Banco, de modo simultáneo e inescindible, asumió frente a la contraparte una serie de prestaciones y obligaciones, a cumplir en el tiempo y téngase en cuenta que las obligaciones adquiridas en mayo de 2.006 vencen en 2.015.

Justamente, hasta que no se devuelve el capital invertido al inversor, o bien hasta que el actor hubiera decidido vender las obligaciones adquiridas, es decir, ejercitar su derecho de amortización sobre las mismas, la totalidad de las prestaciones recíprocas pactadas por los contratantes no habrían quedado completamente cumplidas, pesando sobre la entidad financiera la obligación del pago de intereses, cupones o dividendos en caso de obtener beneficios, por lo que en ningún caso, antes de todo ello, cabe entender que la acción haya caducado.

A la misma conclusión llega también la reciente Sentencia de la Ilma. AP de Girona de 18 de diciembre de 2013, Sección segunda, que concluye sobre la falta de prescripción de la acción en un supuesto semejante o idéntico al presente en relación a unas preferentes. También se citan las Sentencias de la AP de Asturias de 29

de julio de 2013, con cita a la de Salamanca de 19 de junio de 2013, o la de Valencia de 11 de julio de 2011 para un caso de permuta financiera.

Desde ambas ópticas se llega a la conclusión que no ha tenido lugar la caducidad de la acción ejercitada.

Aún no obstante lo anterior, en fase de conclusiones el propio Letrado de la parte demandada manifestó que en Enero de 2.015 había dictado el Tribunal Supremo una resolución en la que se expresa que el dies a quo para contar el plazo para ejercitar la acción de nulidad será desde el momento en que la parte se hay podido ver perjudicada o engañada o se haya podido detectar el vicio que invalida el consentimiento dado por el mismo.

Por ello manifestó dicha defensa técnica que si bien con anterioridad a dicha Sentencia habría que entender que la acción no estaba caduca a partir de la misma, y con su cambio de criterio, ha de entenderse lo contrario.

En primer lugar llama la atención que siendo la Sentencia de Enero de 2.015 y la contestación a la demanda de octubre de 2.014 manifieste en su escrito que la acción sí está caduca pese a que la Sentencia no había sido publicada aún. Máxime cuando el Sr. Letrado manifestó que antes de dicha Sentencia habría que entender que la acción estaba en plazo, entonces, ¿Por qué se plantea la caducidad de la acción con anterioridad a dicha Sentencia?

A mayor abundamiento, y sin perder de vista lo ya comentado con anterioridad, incluso tomando la última de las interpretaciones puestas de manifiesto por el Sr. Letrado de la demandada habría que entender que el plazo a empezar a contar sería el de la segunda liquidación negativa que es cuando el actor se sintió engañado con el producto financiero contratado e incluso fue cuando gestionó la posible cancelación del mismo, cosa que no se produjo por el elevado coste que llevaba parejo dicha operación. Así, contando desde dicha fecha, nos encontraríamos, incluso, en el plazo de los cuatro años.

SEXTO.- En cuanto al deber de información precontractual que asume la entidad bancaria, y partiendo de la base asentada en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Sentencia en relación con la normativa aplicable al caso de autos, el deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios se regula por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su artículos 78 y siguientes, en la redacción

dada por el artículo único de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y por los artículos 60 y siguientes del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. Además, en relación con los contratos suscritos hasta el día 17 de febrero de 2.008, era de aplicación el Real Decreto 629/1.993. Se trata de normas muy exigentes sobre la información que las entidades que comercializan productos financieros han de proporcionar a sus clientes, y sobre la valoración de riesgos del cliente, cuyo análisis es relevante en tanto en cuanto la información que se proporcione determinará la existencia o no de consentimiento en este tipo de contratos.

El deber de información que consagran las normas indicadas está en función del tipo de cliente de que se trate. Las clases de clientes pueden ser tres: profesionales, contrapartes elegibles y minoristas. Los clientes profesionales están definidos en el artículo 78 bis introducido en la Ley 24/1988 por la Ley 47/2007, las contrapartes elegibles en el artículo 78 ter, y cliente minorista es todo aquel que no es cliente profesional ni contraparte elegible.

Como posteriormente se analizará, el actor es cliente particular, razón por la que en esta resolución se hará referencia exclusivamente a la información que deben recibir esta clase de clientes.

El tipo de información que debe suministrarse a cada tipo de cliente se regula en los artículos 79 bis de la Ley 24/1988 (introducido por la ley 47/2007), y 60 y ss. del Real Decreto 217/2008. El artículo 79 de la Ley señala que: "*Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes...*". Dentro de esta obligación genérica se encuentran las obligaciones de información, de forma que conforme a lo prevenido por el art. 79 bis existe la obligación de "*mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes*". Y esta información debe "*ser imparcial, clara y no engañosa*". El artículo 60 del RD 217/2008 expone de forma minuciosa las condiciones que ha de cumplir la información para "*ser imparcial, clara y no engañosa*".

Si bien los preceptos antes indicados regulan de forma genérica el deber de información, a la información

precontractual que debe suministrar la entidad al cliente se refiere el artículo 79 bis.3 de la Ley, al señalar que a los clientes, incluidos los potenciales, se les debe prestar la siguiente información precontractual: "Se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa". Esta información podrá facilitarse en "formato normalizado" y debe incluir: "La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias".

Por su parte, el artículo 62.1 del RD fija con más precisión el contenido de la información precontractual. En primer lugar, deben informar sobre las condiciones del contrato en la forma en que hemos visto que debe realizarse con carácter general la información. En segundo lugar, deben prestar la información a la que hace mención el artículo 63, que se refiere a la entidad financiera, al instrumento financiero objeto del contrato, a la salvaguarda de los fondos de los clientes y los costes y gastos asociados. La información sobre los instrumentos financieros se regula en el artículo 64 del RD, que, entre otros extremos, dispone que:

- Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir 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.
- En la explicación de los riesgos deberá incluirse la siguiente información, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente:

- o Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- o La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- o La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- o Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos.

Finalmente, la información sobre costes y gastos asociados está recogida en el artículo 66 del RD), según el cual, a los clientes minoristas, incluidos los potenciales, deberá proporcionárseles la siguiente información:

- El precio total que el cliente ha de pagar por el instrumento financiero, el servicio de inversión o el servicio auxiliar, incluyendo todos los honorarios, comisiones, costes y gastos asociados, y todos los impuestos a liquidar a través de la empresa de servicios de inversión. Cuando no pueda indicarse un precio exacto se deberá comunicar la base de cálculo del precio total para que el cliente pueda verificarlo. En cualquier caso, las comisiones cobradas por la empresa se consignarán por separado en cada caso. Cuando una parte del precio total deba pagarse en una divisa distinta del euro, deberá indicarse la divisa en cuestión y el contravalor y costes aplicables.

Una advertencia de la posibilidad de que surjan otros costes para el cliente, incluido el pago de impuestos, como consecuencia de transacciones vinculadas al instrumento financiero o al servicio en cuestión y que no se paguen a través de la empresa de servicios de inversión ni sean estipulados por ella.

Las modalidades de pago así como cualquier otra cuestión que directa o indirectamente repercuta sobre el precio a pagar por el instrumento financiero o el servicio en cuestión.

Para concluir este análisis de la normativa vigente, debe indicarse que la Ley 24/1988, después de la redacción dada por la 41/2007, regula el denominado test de idoneidad en su artículo 79 bis 5, que codifica que, dentro de las obligaciones de información que tienen las entidades que presten servicios de inversión, está la de "asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes". Están obligadas las entidades a obtener "la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan". Y si no la obtiene "no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente". El artículo 79 bis 7 regula lo que se denomina el test de conveniencia, y dicho precepto, a fin de que la entidad pueda valorar si el producto financiero es adecuado o no para el cliente, señala que "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".

Una vez obtenida esa información, o si el cliente no la proporciona, la entidad tiene obligación de advertir al cliente que el producto no es adecuado para él o que no puede determinar si es adecuado o no. Hecha esta advertencia, cuya recepción por el cliente deberá constar, se deduce que en la decisión última de efectuar la contratación, queda naturalmente a salvo la responsabilidad de la entidad financiera.

SÉPTIMO.- Además de lo ya expuesto en materia de información precontractual, debe tenerse en cuenta la corriente doctrinal, asumida por la mayoría de las Audiencias Provinciales, que exige que, en la contratación de swaps, clips u otros tipos de permuta financiera relacionadas con el tipo de interés, se ponga en conocimiento del cliente la previsión razonable del riesgo que asume, es decir, para el swap o el clip hipotecario, la previsión razonable de la evolución tipo de interés al que está referido el producto contratado.

Así lo recogió pioneramente la SAP de Asturias, Sección 5ª, número 25/2010, de 27 de enero, criterio que mantuvo el

mismo Órgano en la sentencia número 401/2011, de 28 de octubre:

"...la tan citada sentencia de la Sala de 27-1-10, al decidir sobre el error en el consentimiento, incide en el carácter complejo del producto financiero y de alto riesgo que constituye el negocio de permuta, residenciando el error, no en el mecanismo compensatorio derivado del juego cruzado de las prestaciones recíprocas cuya comprensión, en absoluto, se aprecia dificultosa, sino en un conocimiento suficiente de los factores determinantes de la fluctuación posible y futura del interés variable de referencia y la previsión razonable, y hasta donde sea posible, de su comportamiento durante el desarrollo del contrato pues, efectivamente, de su consideración de "derivado" (el de la permuta) resulta que un conocimiento suficiente para decidir sobre su suscripción no reside tanto en la comprensión del mecanismo compensatorio sino en la consciencia de las complejas variables que rigen aquel dicho interés que va a gobernar y decidir el resultado económico del contrato, de forma que a la entidad bancaria ofertante del producto le corresponde, dentro de su deber de información precontractual, no sólo la exposición razonada y comprensible de la mecánica derivada y propia de la concurrencia prestacional sino, más relevantemente y después de eso, la puesta en conocimiento al cliente del previsible y razonable comportamiento futuro del interés de referencia, hasta donde pueda o deba conocerlo o, sino, advertirle de su absoluta falta de conocimiento al respecto o de su inasible volatilidad, de forma que es así como el cliente adquiere una cabal comprensión y se hace una adecuada representación del alcance real del riesgo que asume con la suscripción del contrato..." (Fundamento de Derecho Segundo de la SAP de Asturias, Sección 5ª, número 401/2011, de 28 de octubre).

Y como expone la citada SAP de Asturias, Sección 5ª, número 25/2010:

"...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, período y cálculo propuestas, satisface a 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.

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 artículo 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el artículo 60.5 del RD 217/2008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b)."

Es decir, la información precontractual que ha de suministrar la entidad bancaria al cliente debe referirse, entre otros extremos, a la previsión objetiva, y basada en factores reales concurrentes al momento de ser suministrada, sobre la evolución del tipo de interés que sirve de base para la permuta, debiendo ser dicha información tanto más exhaustiva cuanto menor sea la experiencia del cliente en el mercado al que concurre. El banco debe, partiendo la base de las previsiones de que disponga, informar al cliente sobre cuál será la futura evolución de los tipos de interés, o sobre los factores que pueden influir en la referida evolución.

Y con independencia de la aplicabilidad al caso de autos de la normativa referente al Mercado de Valores o a las Sociedades de Inversión, a que se ha hecho expresa mención en el primer inciso del Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución, la información precontractual relativa a la evolución previsible del tipo de interés es exigible conforme a las reglas de la buena fe contractual. Como expone la SAP de Asturias, Secc. 5ª, número 25/2010:

"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".

Según se ha expresado al inicio de este Fundamento, es generalizada la posición aquí expuesta entre las diversas Audiencias Provinciales, y como ejemplo de tal posicionamiento de dichos Órganos cabe hacer expresa cita, sin ánimo exhaustivo, de las siguientes resoluciones: SAP de Sevilla, Sección 6ª, número 414/2011, de 22 de noviembre de 2.011, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, número 38/2012, de 31 de enero, SAP de Girona, Sección Primera, de 9 de febrero de 2.012, SAP de Lugo, Sección Primera, de 18 de octubre de 2.011, y SAP de Jaén, Sección Primera, número 17/12, de 23 de enero. De esta última resolución se extrae que el cliente debe tener "...un conocimiento suficiente de los factores determinantes de la fluctuación posible y futura del interés variable de referencia y la previsión razonable, pues efectivamente de su consideración de "derivado" el contrato de permuta, resulta que un conocimiento suficiente para decidir sobre su suscripción no reside tanto en la comprensión del mecanismo compensatorio sino en la consciencia de las complejas variables que rigen aquél dicho interés que va a gobernar y decidir el resultado económico del contrato, de forma que a la demandada, ofertante del producto, le corresponde dentro de su deber de información precontractual, no solo la exposición razonada y comprensible de la mecánica derivada y propia de la concurrencia prestacional sino más relevantemente y después de eso, la puesta en conocimiento al cliente del previsible y razonable comportamiento futuro del interés de referencia, de forma que es así como el cliente adquiere una cabal comprensión y se hace una adecuada representación del alcance real del riesgo que asume con la suscripción del contrato y es la dicha información en tal sentido la que no se acredita se produjo en el caso que nos ocupa, lo cual evidentemente incide en el error de su consentimiento sobre la naturaleza y finalidades del contrato de permuta".

Además, esta obligación de informar sobre la previsión razonable de la evolución tipo de interés puede entenderse positivizada en los artículos citados en el Fundamento precedente, y resulta en todo caso, cuando el cliente, como los actores (ver Fundamento siguiente sobre este particular) es un consumidor, plenamente congruente con el deber de información implícito en el artículo 51.2 de la Constitución Española y desarrollado, primeramente, en los artículos 2 y 13 de la LDCU de 1984, y actualmente en los artículos 12 y 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido para la

Defensa General de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

OCTAVO.- En el caso de autos, como puede extraerse del interrogatorio del demandado practicado en la persona del actor y la testifical de su esposa, a la que se concede valor de adveración en relación con este extremo de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 316 de la LECiv. en cuanto puede perjudicar los intereses de la compañía contra la que se dirige la acción, y es coincidente con lo declarado sobre este extremo por el demandante al ser interrogado, fue la entidad demandada la que se puso en contacto con el demandante y le propuso la contratación del producto financiero, ofertándole el mismo. Es decir, que la iniciativa sería para que el contrato fuera concertado partió de Banco Santander S.A., no de los actores.

Asimismo, tales medios de adveración (interrogatorios de las partes), en cuanto las deposiciones son coincidentes, acreditan que los mismos eran clientes particulares del banco clasificables, de acuerdo con la normativa del Mercado de Valores, como minoristas, y conforme al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, como consumidores (artículo 3 de esta última norma), pues antes de contratar el producto objeto de autos tenían concertado con la demandada un crédito garantizado con hipoteca con una única disposición y una cuenta corriente, siendo éste un hecho no controvertido por los litigantes y por ello exento de prueba (artículos 405 y 281.3 de la LECiv.), y sobre el que, además al contratar el producto, no actuaban en el marco de su actividad profesional o empresarial, sino para evitar que las subidas del tipo de interés pactado como referencia en el contrato de crédito hipotecario que habían concertado con la demandada con el fin de adquirir su vivienda, pudiera causarles un perjuicio económico relevante (igualmente hecho no controvertido).

No consta acreditado, pese a lo manifestado por el actor como Director de la Oficina que se realizaran al actor los llamados tests de conveniencia. Decimos que no consta acreditado porque no ha sido aportado por la demandada al acto del Juicio siendo una documental que, sin duda, debía tener en su poder la misma.

La información precontractual, como aseveró el actor y su esposa al ser interrogado, se limitó a un par de reuniones en el que se le explicó, someramente, las características del producto. La parte demandada, y su

Director de Oficina, el . manifestó, incluso, que se le llegaron a hacer una serie de simulacros o simulaciones de lo que le podía pasar con el devenir de los acontecimientos. En cambio reconoció que no sabía, en aquel momento, cuál era la tendencia de los tipos de intereses, si eran a la alza o a la baja; llama además, poderosamente, la atención que a preguntas de la Sra. Letrada actora, manifestara que fue formado en diferentes cursos presenciales para el mejor entendimiento de los productos financieros y, en cambio, para darlos a conocer a sus clientes baste un par de reuniones de carácter informar a sabiendas del riesgo que conllevaba este tipo de contratos.

Igualmente, se ha hecho mucho hincapié en que la esposa del actor, --- trabajaba como funcionaria en el Registro de la Propiedad y que, por ese motivo, debía conocer el producto financiero contratado por su marido. Sin perjuicio de que no se discute de que la misma fue a todas las reuniones llevadas a cabo para la contratación del producto lo cierto y verdad es que dicha argumentación no puede ser tenida en cuenta por dos motivos principales:

En primer lugar el hecho de ser funcionario del Registro de la Propiedad no da conocimientos financieros o bancarios y mucho menos en aquella época, en el año 2.008 cuando la mayoría de estos productos eran del todo desconocidos, para, incluso, profesionales del Derecho. Exigirle a la misma un deber de conocimiento resulta del todo, desproporcionado.

En segundo lugar y no por ello menos importante, no resulta lógico que la entidad bancaria pretenda eximirse de sus deberes de información para con sus clientes basándose en la cualidad profesional de la esposa de uno de sus clientes. El banco es el que debe dar dicha información ajustándose a lo ya dicho en los Fundamentos de Derechos anteriores, sin perjuicio de la calificación profesional que tenga una persona ajena a la relación comercial-bancaria surgida.

Tampoco se suministró al cliente dato alguno relativo a las posibles fluctuaciones previstas para el índice referencial seleccionado (EURIBOR 12 meses) en un futuro más o menos próximo, o, al menos, para el instante en que debiera comenzar a desplegar sus efectos ni se trasladó al minorista ninguna información sobre el comportamiento venidero de los demás factores que pudieran influir en las variaciones del tipo de referencia, tales como la inflación, el crecimiento económico, etc...

De ello se extrae que no facilitó al minorista la previsión contenida en el mencionado informe ni dato alguno relativo a la previsión de riesgo futuro, esto es, a las variaciones previsibles del EURIBOR en las fechas venideras o, al menos, durante la vida del clip controvertido, ni a la evolución de los factores que pudieran influir en la baja o en el alza del tipo indicado (artículo 386 de la LECiv.).

NOVENO.- En cuanto al error del consentimiento, contemplado en el artículo 1266 del Código Civil y calificado en el artículo 1265 de la misma norma como vicio del consentimiento, el Tribunal Supremo, en constante jurisprudencia, exige para otorgarle relevancia invalidante del contrato que exista, por parte del contratante que la alega, el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento (sen este sentido, ver, entre otras, SSTS, Sala Primera, de 1 de julio de 1.915, 16 de junio de 1943, 5 de marzo de 1960, 5 de marzo de 1962, 30 de septiembre de 1963, 12 de febrero de 1965, 12 de febrero de 1979, 7 de julio de 1.981, 27 de mayo de 1982, 12 de junio de 1982, 3 de febrero de 1986, 7 de noviembre de 1986, 21 de mayo de 1997), debiendo aplicarse un criterio restrictivo para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato.

Siguiendo el criterio contenido en la STS, Sala Primera, de 18 de abril de 1.978, que para que el error invalide el contrato es indispensable:

.- Que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.

.- Que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.

.- Que no sea imputable a quien la padece.

.-Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, requisitos éstos a los que la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994 añade el requisito de que ha de ser excusable, además de esencial, razonando para ello que *"este requisito no lo menciona el Código Civil expresamente y que se deduce de los requisitos*

de autorresponsabilidad y buena fe, éste último consagrado en el artículo 7 del Código Civil".

Con relación al requisito de la excusabilidad, la reciente STS, Sala Primera, Sección Primera, número 230/2011, de 30 de marzo, razona que

"A mayor abundamiento, aunque el Código Civil no exige que el error vicio sea excusable, sí lo hace la jurisprudencia, que lo examina no sólo en el plano de la voluntad, sino también en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva -, para tomar en consideración la conducta de quien lo sufre -sentencia 446/2009, de 23 de junio, entre otras muchas -.

Por ello, niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar finalmente ignoró.

La sentencia 791/2000, de 26 de julio, señaló que la función básica del requisito de la excusabilidad del error consiste en *"impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente"*.

En el mismo sentido, entre otras muchas, son de mencionar las sentencias 754/2001, de 23 de julio, 745/2002, de 12 de julio, 43/2003, de 24 de enero, 60/2005, de 17 de febrero, 829/2006, de 17 de julio."

En definitiva, el error constitutivo de vicio relevante del consentimiento que se prevé en el artículo 1.266 del CC., según la STS, Sala Primera, de 17 de octubre de 1.989 constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida. La voluntad interna debe manifestarse al exterior tal cual fue formada, no puede existir discordia entre lo querido y lo declarado, y las partes deben coincidir en los que pretenden, desde sus respectivas posiciones, sobre el objeto y la causa del contrato. Lo que importa es si cada parte se ha formado una representación racional de lo que la otra ha ofrecido y si, conforme a ello, ha prestado su consentimiento. Esta conclusión puede extraerse, entre otras, de las SSTS, Sala Primera, de 7 de diciembre de 1.966, de 2 de junio de 1.953.

Y en el caso de autos concurren los requisitos exigidos normativa y jurisprudencialmente para apreciar que concurrió error en el consentimiento de los demandantes al

contratar el producto bancario, pues éstos non fueron informados de la previsión que manejaba la demandada sobre la fluctuación a la baja del EURIBOR, ni de la evolución prevista para las variables que podían influir en la modificación del referido tipo de interés, según se ha analizado en el Fundamento anterior, y, como se ha expresado en los Fundamentos precedentes en relación con la información precontractual que ha de facilitarse al cliente que pretende suscribir un derivado, "un conocimiento suficiente para decidir sobre su suscripción no reside tanto en la comprensión del mecanismo compensatorio sino en la consciencia de las complejas variables que rigen aquél dicho interés que va a gobernar y decidir el resultado económico del contrato, de forma que a la demandada, ofertante del producto, le corresponde dentro de su deber de información precontractual, no solo la exposición razonada y comprensible de la mecánica derivada y propia de la concurrencia prestacional sino más relevantemente y después de eso, la puesta en conocimiento al cliente del previsible y razonable comportamiento futuro del interés de referencia, de forma que es así como el cliente adquiere una cabal comprensión y se hace una adecuada representación del alcance real del riesgo que asume con la suscripción del contrato y es la dicha información en tal sentido la que no se acredita se produjo en el caso que nos ocupa, lo cual evidentemente incide en el error de su consentimiento sobre la naturaleza y finalidades del contrato de permuta" (fragmento de la SAP de Jaén, Sección Primera, número 17/12, de 23 de enero, ya citado en el Fundamento de Derècho Quinto de esta resolución).

Y la falta de la información del riesgo previsible no pudo ser sustituida por el diligente proceder del contratante, pues éste, como se expresa en el muy limitado test que se contiene en el contrato, y como ya se ha valorado en el Fundamento Sexto, carecía de experiencia en la contratación de este tipo de productos en los últimos años, era un particular sin dedicación profesional al mundo de las finanzas o de la banca, y no podía cabalmente realizar el análisis de comportamiento futuro del mercado y del EURIBOR contenido en los documentos anteriormente analizados.

El error relevante no radica tanto en el desconocimiento, por parte de los demandantes, de la dinámica del producto contratado, que por cierto no puede entenderse fuera tal, pues los actores, al reclamar la cancelación del producto a finales del 2.008 cuando conocieron la previsión de descenso del EURIBOR (hecho no controvertido, pues así se afirma en los escritos rectores

de ambas partes -artículo 405 de la LECiv-, y exento de prueba -artículo 281.3 de la LECiv.-), pusieron de manifiesto que, al menos en sus rasgos esenciales, habían comprendido el funcionamiento del derivado, como en la ausencia de la información necesaria para valorar la conveniencia de la contratación del clip hipotecario, información sobre el riesgo previsible y los factores que en su valoración influyen que había de ser suministrada por la compañía demandada, como ya se ha expuesto, y que ésta no facilitó a los actores, que no por ello no alcanzaron a comprender el riesgo real que asumían al contratar el producto.

Por ello, carece de trascendencia, aunque es una conducta altamente censurable, que EL ACTOR, según afirmó al ser interrogado, no leyera el clausulado del contrato, dado que las estipulaciones que en al mismo estaban incorporadas no podían proporcionar a los contratantes elementos de juicio bastantes para poder formar una previsión de riesgo con carácter previo a suscribir EL PRODUCTO FINANCIERO litigioso.

En definitiva, y por las razones expuestas en los párrafos anteriores, debe concluirse que, al no haberse informado al actor sobre las características reales del producto financiero contratados éste no alcanzara a comprender el riesgo real asumido al concertar el derivado financiero e incurrieron en error de su consentimiento sobre la naturaleza y finalidades del concreto contrato de permuta que firmaron con la entidad demandada.

Dicho error reúne todos los requisitos exigidos por el Código Civil, y desarrollados jurisprudencialmente, para producir como efecto la nulidad del contrato litigioso, como han sostenido, entre otras, las ya mencionadas SAP de Asturias, Sección 5ª, número 25/2010, de 27 de enero (y subsiguientes dictadas por el mismo Órgano, entre la que cabe citar la sentencia número 401/2011, de 28 de octubre), SAP de Sevilla, Sección 6ª, número 414/2011, de 22 de noviembre de 2.011, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, número 38/2012, de 31 de enero, SAP de Girona, Sección Primera, de 9 de febrero de 2.012, SAP de Lugo, Sección Primera, de 18 de octubre de 2.011, y SAP de Jaén, Sección Primera, número 17/12, de 23 de enero. Así pues, debe estimarse la demanda en este particular y declararse la nulidad del contrato objeto de autos por vicio del consentimiento.

DÉCIMO.- La declaración de nulidad de un contrato por la concurrencia de un vicio de la voluntad produce, como consecuencia, la restitución de lo que cada parte haya

recibido de la otra por razón de las obligaciones creadas. Ello se entiende sin perjuicio que haya lugar a la reclamación de indemnizaciones, según las circunstancias que han provocado la nulidad. Lo que deben restituirse las partes es lo que los contratos han proporcionado a los contratantes o su equivalente monetario. Según explica la STS, Sala Primera, de 23 de junio de 2.008, porque "*si a consecuencia del negocio jurídico declarado nulo hubo entrega de cosa de una parte a otra o por ambas recíprocamente, debían restituirse las mismas in natura y, si no es posible, su equivalente económico con los frutos e intereses que se hayan producido*". La finalidad de esta regla, según la jurisprudencia, es "*que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra*" (STS de 23 junio 2008 y las allí citadas).

En el caso de autos, es hecho no controvertido por las partes, y, por lo tanto, exento de prueba (artículos 4405 y 281.3 de la LECiv.), que, en ejecución del contrato a que se refieren estas actuaciones, la entidad bancaria demandada giró diversas liquidaciones negativas que hubo de soportar la parte actora. Será en ejecución de Sentencia donde se puedan realizar los cálculos de forma correcta.

UNDÉCIMO.- En cuanto a los intereses debidos por la cantidad objeto de condena, que deben ser abonados a los actores como consecuencia de la restitución de prestaciones, según se ha expresado en el fundamento anterior, la fecha desde la que deben computarse los mismos es la fecha de cargo en la cuenta (o fecha de cobro indebido, SSTS, Sala Primera 1ª, de 12 de noviembre de 1996; 81/2003, de 11 de febrero; 251/2005, de 22 de febrero; 460/2009, de 30 de junio y 605/2010, de 4 de octubre), no la de la reclamación extrajudicial o judicial, porque la restitución no responde al instituto de la mora sino al de reversión del enriquecimiento injusto, siendo los intereses frutos civiles por todo el tiempo del que se disfruta el dinero ajeno indebidamente. Ello se entiende sin perjuicio de los intereses por mora procesal, que se devengarán de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 576 de la LECiv.

DUODÉCIMO.- Por lo que se refiere a las costas, al estimarse íntegramente la demanda resulta de aplicación el ART.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge el principio del vencimiento objetivo, de tal manera que procede su imposición a la parte demandada al no concurrir

circunstancias excepcionales que puedan justificar su no imposición.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

Estimar, íntegramente, la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. García del Puerto en nombre y representación de frente a la entidad mercantil Banco Santander S.A. y, en consecuencia:

- Declarar la nulidad la nulidad del contrato de tipo de Collar, suscrito entre el actor y la demandada con fecha 27 de junio de 2.008.
- Condenar a la demandada a estar y pasar por tal declaración, debiendo volver las partes a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la firma del referido contrato y, en consecuencia, restituir recíprocamente todo lo aportado, así como al pago de los intereses legales en la forma prevista en el Fundamento de Derecho Décimo de esta resolución.
- Condenar a la demandada al abono de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes del procedimiento.

Contra esta resolución cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 458. 1 y 2 L.E.C. tras redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal).

Para la admisión del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 02 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévase el original al libro de sentencias de este juzgado.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y leída que fue la anterior sentencia por el Juez que la ha dictado, en el día de la fecha estando celebrando audiencia pública. Doy fe.