

EL ERROR, COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO, EN LOS CONTRATOS SWAPS DE TIPO DE INTERÉS



Autora: Tíffany Luís Torrejón

Trabajo Final de Grado

4º curso, Grado de Relaciones Laborales, Facultad de Derecho (UAB)

Tutora: Prof. Dra. Sandra Camacho Clavijo

Fecha de entrega: 16 de mayo de 2014

RESUMEN

Los contratos swaps de tipo de interés, son definidos como aquellos por cuya virtud las partes contratantes, acuerdan pagarse recíprocamente unos intereses aplicados a una cifra nominal, asumiendo cada parte un pago en función de la evolución real de los tipos. Hasta el año 2008, esta modalidad de contratación fue positiva por los beneficios generados para sus contratantes. La jurisprudencia ha declarado la ineficacia de los contratos swaps, al reconocer el error que han padecido los clientes por la falta de información necesaria para dar su consentimiento.

RESUM

Els contractes swaps de tipus d'interès, son definits com aquells on les parts contractants, acorden pagar-se recíprocament uns interessos aplicats a una xifra nominal, assumint cada part un pagament en funció de l'evolució real dels tipus. Fins l'any 2008, aquesta modalitat de contractació va ser positiva pels beneficis generats pels seus contractants. La jurisprudència ha declarat l'ineficàcia dels contractes swaps, al reconèixer l'error que han patit els clients per la falta d'informació necessària per donar el seu consentiment.

ABSTRACT

The swaps contracts of interest rate, in which the contracting parties agree to pay reciprocal interests to a nominal figure and each one of the parts assumes a payment based on the actual evolution of interest rates. Until 2008, this type of contract was positive benefits generated by its contracting parties. The jurisprudence has declared ineffective swaps contracts, recognizing the error clients who have suffered from lack of information necessary to give your consent.

Palabras clave: contrato swap de tipo de interés, deber de información, consentimiento y error vicio.

ÍNDICE

1) Introducción.....	3
2) El consentimiento: Concepto.....	4
3) El error como vicio en el consentimiento: Análisis del artículo 1266 del Código Civil.....	9
3.1) Definición de error como vicio en el consentimiento.....	9
3.2) Requisitos del error.....	11
3.3) El error vicio y el error obstativo.....	12
3.4) Tipología de error.....	13
4) El deber de información en el error como vicio del consentimiento.....	17
4.1) Deber de información en el contrato.....	17
4.2) Deber de información como elemento de formación de la voluntad.....	19
4.3) Deber de información y el error.....	21
5) El contrato swap de tipo de interés.....	22
5.1) El concepto.....	22
5.2) Las obligaciones de las entidades de crédito en la contratación swap.....	25
5.3) El error en la contratación de swaps de tipo de interés.....	29
6) Conclusiones.....	37
7) Bibliografía.....	39
8) Jurisprudencia.....	41
9) Legislación.....	108
10) Anexos.....	109

1.Introducción

El consentimiento como un elemento y el fundamental para la formación de un contrato ha resultado viciado por el error en la comercialización de los contratos swaps de tipo de interés o también conocido como las permutas financieras. En este contexto, las entidades de crédito se han visto sometidas a ofrecer e informar debidamente a sus clientes, con préstamos hipotecarios de tipo variable, sobre los instrumentos financieros con la finalidad de cobertura ante los posibles riesgos por los incrementos de los tipos de interés.

En el momento de comercializarse y previa formación del presente contrato entre las partes contractuales, las entidades de crédito tenían que cumplir con una serie de obligaciones derivadas de la directiva MiFID¹, las cuales resultaban informar al cliente sobre las condiciones a las que se somete al contratar un swap y sus posibles riesgos. Es a partir de entonces cuando el cliente al dar su consentimiento contractual resulta viciado por el error, debido a la asimetría de información que tiene respecto a la entidad bancaria, y ello provoca una creencia equivocada al emitir su declaración de voluntad.

Esta situación ha ocasionado contratar un instrumento o producto financiero desconocido y además complejo, debido a las dificultades del funcionamiento y la comprensión que supone al cliente inexperto en finanzas sobre las cláusulas y el contenido de éste tipo de contrato. De haberlo conocido, el cliente no hubiera dado su consentimiento y no se hubiera celebrado el contrato swap de tipo de interés.

A partir de todo esto, el presente trabajo tiene el objetivo de estudiar y comprender, como en la mayoría de los contratos swaps, la jurisprudencia ha estimado el error en el consentimiento de los clientes inexpertos en éstos productos financieros, debido a la ausencia de información por parte de las entidades de crédito.

¹ Directiva *MiFID* (Markets in Financial Instruments Directive) 39/2004, de 21 abril de 2004. (LCEur 2004\1848).

2. El consentimiento: Concepto

El consentimiento es el acuerdo, como mínimo, de dos declaraciones de voluntad que se produce entre las partes contratantes y recae sobre algo común, el objeto del contrato y a su vez, sobre la causa.² El artículo 1262 del Código Civil (en adelante, CC), lo define como: *“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.*

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presupone celebrado el lugar en el que se hizo la oferta.

*En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimientos desde que se manifiesta la aceptación.”*³

El consentimiento, es por ello el más relevante de los elementos que se requieren para la existencia de un contrato, porque en el momento en que es manifestado por la concurrencia de las declaraciones de voluntad, la oferta y la aceptación, se integran los otros dos elementos necesarios, el objeto y la causa que constituyen el contrato.⁴ Por una parte, cabe señalar lo siguiente, el objeto del

² PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, Vol. II. 3ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 530 y 549.

³ Y también el artículo 1258 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. (BOE-A-1889-4763): *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”*

⁴ ALBALADEJO, Manuel; DIAZ ALABART, Silvia., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil. Tomo XVII, Vol. 1-B, Editorial revista de derecho privado, editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1993, p. 52 y ss., Vid. Artículo 1261 y 1262 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.

contrato puede ser: toda cosa que esté dentro del ámbito comercial de las partes contratantes; Y además, todos los servicios que estén sujetos a la ley y no sean contrarios a ésta ni a la moral. En éste sentido, el objeto en un contrato debe ser una cosa determinada existente sobre la cual versará el contrato, e incluso permite todas aquellas cosas futuras posibles de existencia.⁵ La causa, como otro elemento necesario para la existencia del contrato, es la que justifica la producción de obligaciones entre los contratantes, es decir, la promesa o la prestación de un servicio o cosa por la otra parte.

La causa puede ser diferente según el tipo de contrato que se vaya a celebrar, como por ejemplo, en los contratos remuneratorios, ésta será el beneficio o el servicio que se remunera.⁶

A tenor de los preceptos, el artículo 1263 y 1264 del CC, para emitir válidamente el consentimiento, se requiere que las partes contratantes tengan capacidad de obrar, es decir, que sean mayores de edad y no estén incapacitados. Por el contrario, las partes tendrán incapacidad para consentir, aunque estará sujeta a aquellas modificaciones que se determinen por la Ley.⁷

⁵ PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit., p. 550 y ss., DÍEZ- PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción teoría del contrato*. Vol. 1, 6ª Edición, Homson Civitas, Pamplona, 2007, p. 249 y ss., Vid. Artículo 1271, 1271 y 1273 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. (BOE-A-1889-4763).

⁶ Vid. Artículo 1274 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. (BOE-A-1889-4763).

⁷ PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit., p. 550., LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín., *Elementos de derecho civil: Derecho de obligaciones, Parte general. Teoría general del contrato*, Vol. II. 4º Edición, Dykinson, Madrid, 2007, p. 355 y ss.; Vid. Artículo 1263 y 1264 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. (BOE-A-1889-4763).

Resulta conveniente destacar tres aspectos relevantes que deben reunirse y caracterizan el consentimiento:⁸

- En cada uno de los contratantes debe existir una voluntad interna individual, basada en el querer propio y la motivación por la cual nace ese querer.
- Dicha voluntad debe exteriorizarse, es por ello, que cada una de las partes debe emitir una declaración de su voluntad. Esto no será suficiente, ya que, se caracteriza por ser una declaración de voluntad recepticia, y será preciso que se dirija y sea conocida por las partes contratantes.
- Existe una zona donde las voluntades de las partes coinciden, y éstas serán manifestadas mediante las declaraciones de voluntad. En caso de no que dichas declaraciones no concurriesen, habría desacuerdo y no podría constituirse el contrato.

El consentimiento, existirá en el momento en que éste se manifiesta por el concurso de las declaraciones de voluntad de la oferta y de la aceptación sobre un objeto determinado y la causa que constituyen un contrato.

La concurrencia de las declaraciones de voluntad contractuales que deben emitirse y ser recepticias, se producen por cada una de las partes contratantes. Principalmente, se produce la oferta, ésta es la declaración de voluntad unilateral de uno de los contratantes, el oferente, mediante la cual manifiesta su intención hacia otra persona, de celebrar un contrato e incluso podría establecer los requisitos necesarios de éste. En el caso de que el destinatario de la oferta aceptase, se entenderá formado el contrato.⁹

⁸ Esquema transliterado de: DÍEZ- PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, ob.cit., p. 173., DÍEZ- PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio., *Sistema de derecho civil*, Vol. II. 9ª Edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 39.

⁹ PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit., p. 571 y ss., DÍEZ- PICAZO, Luís.

El oferente, debe de declarar su voluntad unilateral, reuniendo una serie de requisitos:

- En la oferta, debe reflejarse la intención de quedar obligado y presentar la declaración de voluntad como propia del ofertante.
- Tiene que ser emitida y al ser una declaración de voluntad recepticia, se tiene que dirigir y permitir ser conocida por el aceptante.
- Debe ser completa y contener todos los aspectos esenciales del contrato para que la parte destinataria, el aceptante, al declarar su declaración de voluntad se entienda formado el contrato.
- La oferta se realiza en la forma concreta o exigida para cada caso.

La oferta tendrá vigencia durante un determinado plazo de tiempo establecido para que se pueda producir la aceptación. Ésta se entenderá caducada, al transcurrir dicho plazo, o de no haberlo establecido, se entenderá que ha transcurrido un tiempo razonable y suficiente en el que podría haber recaído la aceptación.

La aceptación, es la declaración de voluntad unilateral y recepticia , mediante la cual manifiesta la conformidad y aquiescencia de la oferta, y conlleva la formación del contrato. Cuando el aceptante emite y da a conocer al oferente su aceptación, ésta tiene que cumplir una serie de requisitos:¹⁰

- Una declaración de voluntad definitiva y pura, el aceptante no podrá someterla a ninguna condición ni plazo.

*Fundamentos del derecho civil patrimonial...*ob.cit., p. 330 y ss., DÍEZ- PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio., *Sistema de derecho civil*, ob.cit., p. 65-66.

¹⁰ DÍEZ- PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*,ob.cit., p. 352 y ss., PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit., p. 575 y ss., DÍEZ- PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio., *Sistema de derecho civil*, ob.cit., p. 67.

- Congruencia con todo los términos esenciales de la oferta. En el caso que el aceptante emita una nueva declaración de voluntad por la modificación de algún o total extremo esencial del contrato, quedará extinguida la oferta y se produce una contraoferta. Si el aceptante modifica algún elemento pero no afecta a aquellos que son esenciales del contrato, no quedará extinguida la oferta primitiva, bastará con la mera aceptación del oferente de dichas modificaciones.
- La aceptación debe ser tempestiva, tiene que producirse en el plazo de tiempo establecido o antes de la revocación de la oferta.
- La declaración de voluntad del aceptante, tiene que ser conocida por el ofertante.
- La aceptación se debe manifestar en la forma que se indicó en la oferta.

La forma es el vehículo o medio mediante el cual se manifestarán las declaraciones de voluntad, la oferta y la aceptación. Ésta puede ser de forma expresa, mediante signos idóneos para hacer llegar dicha declaración por parte del declarante al destinatario. La declaración tácita de la voluntad, será aquella mediante actos concluyentes pero pueden resultar inequívocos, por ello se deberán interpretar.¹¹

Concluyendo este apartado, la manifestación del consentimiento por el concurso de la oferta y la aceptación del objeto y la causa del contrato, provoca la perfección de éste último por la vinculación de las partes a través de la relación jurídica creada, la cual producirá la irrevocabilidad de las declaraciones de voluntad emitidas e implicará la producción de la eficacia jurídica (obligaciones).¹²

¹¹ DÍEZ- PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, ob.cit., p. 175-176 y p. 287.

¹² PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit., p. 577.

3. El error como vicio en el consentimiento: Análisis del artículo 1266 del CC

3.1) Definición de error como vicio en el consentimiento

El error es una equivocada o inexacta creencia o representación mental de la realidad jurídica o material, que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico, y además determina dicho acto.¹³

Al producirse el error genera una situación mental, que afecta como precedente en la formación del contrato, y a su vez, influye en la persona que emite su voluntad a través de la declaración falsa o equivocada.

Debe tenerse en cuenta que la parte contratante que se encuentra en esta situación y padeció el error en el momento de emitir su declaración de voluntad, en el caso de no haber existido éste, su voluntad hubiera sido otra distinta.

La realidad del error versa sobre tres dimensiones:¹⁴

Primera dimensión, "*fenómeno psicológico*", ésta hace referencia a la primera percepción que se tiene cuando alguien yerra, dónde una persona se ha equivocado en el momento de expresar su voluntad a través de la declaración de ésta. La equivocación puede originarse de dos modos, puede que la parte contratante al expresar la voluntad haya empleado unos signos inadecuados. O bien, ha podido equivocarse mediante unos falsos motivos o razones.

La segunda dimensión del error aprecia la "*ruptura del equilibrio*", ya que realmente no se están satisfaciendo los intereses e intenciones que han motivado a las partes a celebrar el contrato a través de la concurrencia en las declaraciones de voluntad.

¹³PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit., p. 609-610., DÍEZ- PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, ob.cit., p. 207.

¹⁴ MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*. Ceura, Madrid, 1988, p. 67 y ss.

El CC, en el artículo 1.266¹⁵, indica que el consentimiento de las partes queda invalidado por el error, cuando éste recae en la sustancia del objeto contractual o bien en las condiciones de ésta, las cuales motivaron a celebrar el contrato.

La tercera dimensión a destacar, la "*causa por la que versa el cometido error*", esto dependerá y variará en cada contrato, ya que la causa puede ser diversa. La variedad de las causas que producen el error pueden ser las siguientes:

- El error producido por una negligencia de la propia parte que lo padece;
- Las causas que vengan por circunstancias que sean complejas de prever;
- Aquellas que se originan en que el sujeto errado ha sido sometido a un proceso de influencia por terceras personas.

El error al ser una equivocación o falsa representación de la realidad conlleva ser considerado un vicio en el consentimiento de las partes contratantes y como consecuencia supone la formación irregular del contrato. Es un vicio en la declaración de voluntad, ya que, aunque existe el consentimiento, éste se ha formado viciadamente durante el proceso de formación del contrato por producirse un defecto, en éste caso el error, que impide manifestar la auténtica voluntad contractual.¹⁶ El consentimiento que se preste por error será nulo y puede producir la nulidad del contrato.¹⁷

¹⁵ Vid. Artículo 1266 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. (BOE-A-1889-4763).

¹⁶ PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit, p. 599-600., MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit, p. 68.

¹⁷ Vid. artículo 1265 y 1300 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.

3.2) Requisitos del error

Los requisitos que se tienen que reunir para que exista el error son los dos siguientes:¹⁸

La **esencialidad**, éste requisito se entiende de la siguiente manera, el error ha afectado a un elemento esencial del contrato, ya sea por la causa o motivo principal que haya dado a su celebración. En el artículo 1.266 del CC,¹⁹ justifica que el error invalidará el consentimiento cuando éste recaiga sobre la sustancia de la cosa del contrato, es decir, sobre la materia, modo o manera de dicha cosa. O bien, cuando recae sobre las condiciones de ésta, entendiéndose, todos aquellos atributos que se hayan podido exigir de la cosa.

El error es esencial cuando recae sobre aquellos datos concretos que se han tenido en cuenta por las partes contratantes al emitir su declaración de voluntad, y al recaer en éstos, se produce una falta de presencia que impide alcanzar el resultado estimado del negocio.

El carácter esencial se entiende con el hecho de que si el contratante que padece el error, hubiera conocido su equivocación, éste no hubiera acabado contratando mediante su voluntad viciada.

La **excusabilidad**, no está regulada en el CC, pero la jurisprudencia indica que además de que el error sea esencial, ha de ser excusable. Esto está relacionado con los principios generales en la contratación basados en la buena fe, diligencia y veracidad, ya qué, es excusable cuando cualquiera de las partes contratantes pueda incurrir en el error sin culpa ni intención. De lo contrario, el error es inexcusable,

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín., *Elementos de derecho civil...*, ob.cit., p. 363 y ss., MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*. Ceura, ob.cit., p. 189 y ss., PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit., p. 611 y ss., DÍEZ- PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, ob.cit., p. 213 y ss.

¹⁹ Vid. Artículo 1266 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.

cuando la persona que yerra hubiera podido evitarlo empleando una diligencia adecuada.

No obstante, la excusabilidad tiene la función de impedir que el ordenamiento jurídico proteja a la persona que lo padezca cuando no se merezca su protección por una conducta negligente. La protección de la parte contratante que padece el error y se equivoca, será cuando éste vicio se ha producido a pesar de haber mantenido una conducta diligente.

3.3) El error vicio y el error obstativo o error en la declaración de la voluntad

El error se puede distinguir en dos tipos: el error vicio o propio; Y el error obstativo o en la declaración de la voluntad.

El error vicio, conocido como error propio, es aquel dónde la voluntad de la parte contratante ha sido viciadamente formada por una equivocación en una creencia o representación mental o por un conocimiento inexacto. Éste error, es calificado como aquella equivocación que afecta en la formación de la voluntad del contratante, que en un principio ésta aparece como la querida o la voluntad verdadera, pero han intervenido una serie de factores que han impedido la correcta formación de dicha voluntad. En el error vicio afectan los motivos del acto jurídico que se va a llevar a cabo en el momento de formar la voluntad de la parte contratante que yerra.²⁰

El error propio es un vicio del consentimiento y esto conlleva a que se pueda impugnar o anular el contrato viciado.

²⁰ PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit., p. 610 y ss., DíEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, ob.cit., p. 210 y ss., MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit., p. 75 y ss., LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRÍA. Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín., *Elementos de derecho civil...*, p. 358 y ss.

El error obstativo o error en la declaración de la voluntad, también conocido éste como impropio, es aquella voluntad que se ha formado correctamente sobre un exacto conocimiento y representación de la realidad, pero, se produce una equivocación en el momento en el que la parte contratante emite y manifiesta su declaración de voluntad. El sujeto que yerra en éste caso se equivoca al emitir su declaración voluntad, y ello origina una divergencia inconsciente entre su voluntad interna y la declaración de ésta. En éste tipo de error al producirse dicha divergencia hay un disenso, es decir, falta uno de los elementos esenciales que deben reunirse para formar el contrato, el consentimiento contractual. Ante la inexistencia del consentimiento con éste tipo de error origina la nulidad absoluta del contrato.²¹

El error obstativo también tiene lugar cuando una tercera persona hace la transmisión de la declaración de la voluntad de una parte contratante, conocido como *nuntius* y *lapsus linguae vel calami*.

3.4) Tipología de error

Atendiendo al objeto de la equivocación, existe una clasificación de tipos de error. Estos son los siguientes:²²

- ❖ Error sobre la persona (*in personam*): puede ser aquel que recae sobre la persona con quien se está contratando. Por otra parte es un error vicio cuando recae sobre las cualidades de la persona, e invalidará el contrato cuando la consideración a ella misma hubiera sido la causa principal para

²¹ PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit., p. 610., DÍEZ- PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, ob.cit., p. 210., MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit.,p. 75 y 76., LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín., *Elementos de derecho civil...*,ob.cit., p. 358 y 359.

²² PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, ob.cit., p.611.

la celebración del contrato.²³ También puede dar lugar al error sobre la identidad de la persona, en éste caso será error obstativo.

En la **sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 31 de marzo de 2008**²⁴, se aprecia un error sobre la persona en la celebración de un contrato de compraventa. El contrato, debe ser celebrado por las partes que tengan la condición jurídica de vendedor y comprador, pero en este caso el vendedor resultó ser demandado por el comprador que ha errado, ya que no se ha acreditado la condición e identidad como vendedor, y ello fue lo que creó una inexacta creencia en el momento de emitir su consentimiento como comprador, para realizar el contrato.

- ❖ Error sobre la sustancia del objeto (*in substantia*): Es un error vicio, es el que afecta al objeto del contrato, es decir, a la materia de éste.

En la **sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1986**²⁵ se producen los siguientes hechos que afirman la existencia de un error en la sustancia del objeto del contrato celebrado. El consentimiento del demandante fue viciado, ya que éste, adquirió una maquinaria la cual había sido creada para la realización de unas funciones profesionales y con finalidad de excavación. Resultó apreciarse malas condiciones en la maquinaria, ineptitud e inhabilidad para la realización del destino que informó la voluntad racional y consciente del consentimiento del comprador.

²³ Vid. Artículo 1266.2 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil., DÍEZ- PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio., *Sistema de derecho civil*, ob.cit., p. 54.

²⁴ Jurisprudencia. ARANZADI BIBLIOTECAS. SAP de Málaga núm. 178/2008, de 31 de marzo de 2008. (AC\2008\1648).

²⁵ Jurisprudencia. STS de 3 de febrero de 1986, transliterada en MORALES MORENO, Antonio-Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit, p. 263-266 y ss.

- ❖ Error sobre las cualidades del objeto (*in qualitate*): éste error vicio se refiere a la calidad del objeto del contrato, concretamente, serán aquellas cualidades o condiciones que impulsan a la voluntad de contratar.²⁶

En la **sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1981**²⁷, se aprecia el error sobre las cualidades del objeto de un contrato, para prestar servicio en el mantenimiento de calefacciones, entre la empresa que debía de prestar dicho servicio y los representantes de unas comunidades de propietarios. En el momento en que dichos representantes dan su consentimiento para celebrar el contrato, se establece un período de duración para éste servicio de un año, posteriormente el contrato fue documentado en un documento privado y se establecía una duración de cinco años. En éste caso los representantes firmaron el contrato por error en las condiciones del servicio contratado, ya que ignoraban realmente el contenido que se les presentó con posterioridad.

- ❖ Error sobre la cantidad y el valor (*in quantitate*): es el error que recae en la cantidad, en especial cuando exista una diferencia relevante. El error vicio en la cantidad manifiesta una falta de acuerdo o disentimiento de las partes.

Dentro de éste error se hace referencia a los errores de cálculo y cuenta, son aquellos dónde se produce un defecto en el cálculo o operación aritmética existente en el contrato. El error en la cuenta de alguna operación de cálculo, solo dará lugar a su corrección.²⁸

²⁶DÍEZ- PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio., *Sistema de derecho civil*, ob.cit., p. 54., Vid. Artículo 1266.1 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.

²⁷ Jurisprudencia. STS de 5 de noviembre de 1981, transliterada en MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit., p. 283-284.

²⁸ Vid. Artículo 1266.3 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.

En la **sentencia del Tribunal de Supremo de 29 de diciembre de 1978**²⁹, se produce un error de cuenta por una entidad vendedora de un camión, ya que se vendió a plazos con un determinado precio y en el momento de confeccionar el contrato de compraventa con el comprador, la entidad no computó por error como desembolso inicial el valor del camión usado. En éste caso, de acuerdo con el artículo 1266.3 Código Civil, procederá a dar lugar a la oportuna corrección de la cuenta.

- ❖ Error en los motivos: es el error vicio que da lugar a las razones de tipo subjetivo de las partes contratantes que motivan a la celebración del contrato.

En la **sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1982**³⁰, se produce un error en el motivo por el cual se decidió celebrar el contrato, éste motivo da lugar a una vendedora de fincas la cual invoca el error padecido en el contrato de compraventa, y sostiene que su consentimiento ha sido viciado por la errónea creencia o representación mental de que era la heredera mayoritaria de las fincas heredadas de sus padres. Al pensar que disponía ella únicamente de todas las fincas y decide venderlas, es donde se produce el error en los motivos por los cuales se decide celebrar dicho contrato.

- ❖ Error *in negotio*: es un error obstativo que versa sobre la causa o tipo de negocio jurídico que se vaya a celebrar
- ❖ Error de derecho (*iuris*): recae en la interpretación o conocimiento de una norma jurídica, disposiciones legales o reglas de derecho que rigen una determinada materia del contrato. Es un error vicio, que consiste en saber

²⁹ Jurisprudencia. STS de 29 de diciembre de 1978, transliterada en MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit., p. 295-296.

³⁰ Jurisprudencia. STS de 27 de mayo de 1982, transliterada en MORALES MORENO, Antonio-Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit., p. 274-275.

si posee validez el contrato que se va a celebrar o se ha celebrado, bajo una errónea creencia sobre la existencia de una norma³¹.

- ❖ Error de hecho (*facto*): éste que puede ser error obstativo o de vicio, es aquel donde se produce una equivocada representación mental sobre un hecho, una cosa o una persona.

4) El deber de información en el error como vicio del consentimiento

4.1) El deber de información en el contrato

El deber de información en los contratos consiste en que una de las partes contratantes, el deudor de la obligación de informar, suministra información como un elemento de conocimiento obligatorio a la otra parte, el acreedor que recibe dicha información. La obligación de informar tiene la finalidad principal de formar adecuadamente el consentimiento de los contratantes y dentro de ésta hay que distinguir tres tipos de obligaciones diferentes en función del alcance o grado de exigencia que comportan:³²

- a) El deber de consejo: tiene la finalidad de orientar la decisión del cliente;
- b) El deber de advertencia o “*la mise en garde*”: consiste en advertir la parte que conoce los peligros materiales o jurídicos a la otra parte contratante cuyos peligros desconoce.
- c) La obligación de informar en sentido estricto (“*stricto sensu*”): tiene la finalidad de comunicar por una de las partes contratantes a la otra sobre las condiciones y el alcance de los compromisos, obligaciones y derechos que se pueden adquirir mediante el contrato que se vaya a celebrar o se esté ejecutando.

³¹ DÍEZ- PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, ob.cit., p. 212.

³² LLOBET I AGUADO, Josep., *El deber de información*. Memòria de Doctorat. UAB, 1991, p. 6, 7 y ss.

Los dos primeros deberes, de consejo y advertencia, nacen durante la ejecución del contrato. No obstante, nos centraremos en la obligación de información *stricto sensu*, ya que puede darse en la fase previa de la formación del contrato, como en la de su ejecución. El motivo por el cual ésta obligación puede originarse en la fase “precontractual”, es por la existencia de un desequilibrio de informaciones producido entre las partes contratantes, por el hecho de que una tenga mayor información y la otra la pueda desconocer. La parte que posee todos los elementos de información concernientes al respectivo contrato que vayan a celebrar, tiene la obligación de informar a la otra parte interesada en conocer y así poder formar su consentimiento sin vicios.³³

El desequilibrio de conocimientos que pueda haber entre las partes de un contrato determinado, puede darse por diversas causas:³⁴

La primera es la técnica en la formación del contrato, dónde el redactor del contrato al conocer con mayor profundidad todas las cláusulas de éste, tiene que informar a la parte contratante hacía quien se dirige el contrato de todo el contenido del mismo y de la oferta producida.

La segunda causa es en función de las circunstancias, es decir, cuando una de las partes contratantes esté al corriente y conozca todos los elementos que la otra parte tenga interés y los ignore legítimamente, tendrá la obligación de informarlos.

Existen dos aspectos a tener en cuenta y que engloba el deber comentado, uno de ellos es que debe transmitirse toda la información exigible, es decir, aquella que sea necesaria para que el acreedor pueda formar adecuadamente su consentimiento contractual. El deudor del deber de información debe transmitirle todos aquellos elementos de conocimiento necesarios para determinar si el acreedor de la información, una vez conocida, realmente decida contratar o no.

³³MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit., p. 229-230., LLOBET I AGUADO, Josep., *El deber de información*, ob.cit., p. 14 y 15.

³⁴ LLOBET I AGUADO, Josep., *El deber de información*.ob.cit., p. 17 a 20.

El segundo aspecto a tener en cuenta es que la obligación de información debe abstenerse de ser errónea sin que pueda viciar el consentimiento.

En este sentido, el deber de información se basa en informar sobre la cosa y el objeto del contrato, es decir, recae en revelar información sobre la situación jurídica de la cosa, así como las obligaciones y derechos de las partes contratantes. Además se debe informar sobre los posibles peligros que se puedan ocasionar a efectos de permitir un buen uso y evitar éstos.³⁵

4.2) El deber de información como elemento de formación de la voluntad

Existe una relación de causalidad entre la obligación de información y la formación del consentimiento, debido a la desigualdad de conocimientos entre las partes contratantes, por ello, se pretende restablecer la igualdad entre éstas y permitir formar el consentimiento contractual adecuado, sin vicios.³⁶

El deber de información es un elemento importante para formar la voluntad de los contratantes, ya que el oferente cuando emite su voluntad dirigida a llegar al conocimiento de la otra parte, en el momento de la aceptación se perfecciona el contrato y debe contener todos los elementos esenciales del mismo.

Para que se puedan formar las voluntades de forma adecuada, el oferente tiene la obligación de informar a la otra parte contractual de todos los elementos y contenidos que forman la oferta, en caso contrario, la ausencia de la información conlleva la falta de consentimiento en esa cláusula contractual y puede ocasionarse la nulidad de dicha cláusula o del contrato.

³⁵ LLOBET I AGUADO, Josep., *El deber de información*, ob.cit., p .23 y 24.

³⁶ MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit., p. 229 y ss., LLOBET I AGUADO, Josep., *El deber de información*, ob.cit., p .18- 20 y 58 y ss.

El legislador establece una obligación de información mediante tres técnicas diferentes con el fin de asegurar la integridad del consentimiento del aceptante. Éstas técnicas son las siguientes:³⁷

- 1) **La información que debe transmitirse se puede exigir mediante un escrito público notarial o privado.** El primero, consiste en dar una serie de garantías mediante éste escrito al comportar una reflexión por las partes durante un periodo de tiempo hasta que se formalice el documento. El notario vela por la eficacia y validez del contrato, además de informar a los contratantes sobre sus obligaciones y consecuencias generadas por éste acto jurídico. No obstante, el segundo tipo de documento, privado, suele ser más frecuente, ya que no presenta inconvenientes en tiempo y dinero.

En conclusión, la presencia de un escrito puede ocasionar la redacción de cláusulas peligrosas para el consumidor, mediante caracteres muy aparentes que con una lectura rápida del documento llame la atención y se tenga conocimiento.

- 2) **Inserción de determinadas menciones con carácter obligatorio en el contrato.** Las finalidades pueden ser menciones *ad probationem* que facilitan la prueba de su inclusión en el contrato, la ausencia de las mismas no ocasionan su nulidad. También pueden haber menciones *ad validitatem* que pueden constituir un requisito esencial para la validez del contrato, y en caso de ausencia conllevaría la nulidad de éste.

Las menciones obligatorias *ad validatem* son de mayor relevancia en la obligación de informar al consumidor y aceptante de la oferta contractual. El carácter obligatorio de una mención puede tener la finalidad de permitir que la parte hacía quien va dirigida la oferta pueda valorar la utilidad del contrato que se va a celebrar en caso de aceptar. La inserción necesaria en el documento contractual de determinadas cláusulas pretende proteger la parte más débil que desconoce información,

³⁷ LLOBET I AGUADO, Josep., *El deber de información*, ob.cit., p .62 y ss.

permitiendo que ésta pueda conocer el alcance de sus derechos y obligaciones.

- 3) **El período de reflexión y la facultad de retractación.** ³⁸Para obtener un consentimiento adecuado debe ser reflexionado, para ello, existen dos posibilidades:

El período de reflexión, es un lapso de tiempo desde el momento en que la oferta se dirige a la otra parte hasta que se acepta y el contrato queda concluido definitivamente y devenga irrevocable, que evita al consumidor o aceptante de la oferta expresar su consentimiento precipitado sin reflexionar.

La facultad de retractación, después de firmar el contrato, se concede al consumidor un período de tiempo, tras su aceptación, para reflexionar y permitir retractarse y revocar su declaración de voluntad.

3.3) El deber de información y el error

La relación existente entre el deber de informar y el error como vicio en el consentimiento de los contratantes, se centra en proporcionar toda la información necesaria e inteligible a la parte más débil e ignorante de determinados conocimientos para permitir un consentimiento serio, espontáneo y libre sin que haya sido viciado. Para ello es conveniente redactar el contrato en un lenguaje sencillo y simple para que el aceptante que desconoce la información de éste, pueda conocer y verificar el alcance de los derechos y obligaciones de las partes contractuales.³⁹

En el caso de suscitarse alguna duda, el adherente debe de pedir aclaración a la otra parte sobre aquellas cláusulas o aspectos ambiguos del contrato, en caso de no ser así, el error devengará inexcusable, entendiendo que no ha empleado una diligencia para evitar dicho error. En el caso contrario, que el contrato esté

³⁸ LLOBET I AGUADO, Josep., *El deber de información*, ob.cit., p .75 y ss.

³⁹ MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit., p. 229 y ss., LLOBET I AGUADO, Josep., *El deber de información*, ob.cit., p. 61-62.

redactado en términos ambiguos e imposibilite la comprensión de su contenido, el error será excusable, ya que en éste caso, se ha producido una equivocación, inexacta creencia o representación mental de la realidad jurídica o material, que sirve de presupuesto para la realización y determinación del contrato a celebrar. Para mostrar la existencia del error, debe demostrarse la falta de veracidad en la información suministrada o bien que ésta es incompleta, y como consecuencia de ello el consumidor que padece el error puede solicitar la nulidad del contrato.⁴⁰

5) El contrato swap de tipo de interés

5.1) El concepto

La denominación de éste tipo de contratos es amplia, ya que se utilizan los términos de “IRS” (*Interest Rate Swap*), “contrato de gestión de riesgos financieros”, “permutas financieras de tipo de interés” y “swap” (intercambio).

Un contrato swap de tipo de interés, se define como aquel por cuya virtud las partes contratantes, entidad de crédito y particular o empresa, acuerdan pagarse de forma recíproca una serie de intereses aplicados a una cifra nominal o nominal, en que cada parte asume un pago, una lo asumirá a un tipo variable y la otra a un tipo fijo, produciéndose liquidaciones periódicas entre las partes en función de la evolución real que se produzca de los tipos de interés. De forma que la contratación de un swap comporta que durante las fases de alza de los tipos de interés, permite a los clientes neutralizar una parte de la subida de éstos, mediante las liquidaciones que resulten a su favor derivado del instrumento de cobertura contratado.⁴¹ En este caso resultará beneficiado el cliente por haber optado por el

⁴⁰ LLOBET I AGUADO, Josep., *El deber de información*, ob.cit., p. 45.

⁴¹ TAMAMES, Ramón; Gallego, Santiago. *Diccionario de economía y finanzas*. Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 589-591., SUÁREZ SUÁREZ, Andrés S. *Diccionario terminológico de Economía, Administración y Finanzas*. Pirámide, Madrid, 2000, p. 353., MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés por las entidades de crédito. Estudio sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales*. Bosch, Hospitalet del Llobregat (Barcelona) septiembre, 2012, p. 18 y 36., VEGA VEGA, José Antonio. *El Contrato de Permuta Financiera (SWAP)*. Aranzadi Editorial, Navarra, 2002, p. 30.

tipo fijo al ser inferior del tipo variable y por ello, la entidad de crédito asumirá la liquidación negativa oportuna.⁴²

En el caso adverso, cuando los tipos estén a la baja, será el cliente el que deba asumir las liquidaciones negativas en su contra y resultará beneficiada la entidad de crédito que optó por el tipo variable al descender por debajo del tipo fijo.⁴³

La permuta financiera de tipos de interés tiene una serie de caracteres:⁴⁴

- ✚ El artículo 2.2 de la Ley 47/2007, de Mercado de Valores,⁴⁵ regula que una permuta financiera **constituye un instrumento financiero**, el cual tiene calidad de derivado debido a que su valor depende de los tipos de interés.
- ✚ Tiene carácter de ser un **producto complejo** debido a las dificultades del funcionamiento y comprensión que supone al cliente inexperto en finanzas sobre las cláusulas y el contenido de éste contrato.
- ✚ Éste contrato de swaps se caracteriza por ser **principal y autónomo**, entendiéndose que puede nacer de manera independiente y con funcionamiento propio, aunque esté vinculado con otra transacción financiera como el préstamo hipotecario.
- ✚ Para la formación del consentimiento de las partes y la contratación de las permutas financieras, el cliente se ha **adherido a una serie de condiciones** generales y particulares a cada caso en concreto **impuestas por las entidades de crédito**.

⁴² GARCÍA ANGULO, Bernardo. L. *Nulidad de los contratos SWAP en la jurisprudencia*. Eolas ediciones, León (España), 2011, p. 39-40., MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 36-37 y 43.

⁴³ BdE, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, 2010, p. 110 :“ Lo normal es que el cliente pague un tipo fijo y la entidad asuma el tipo variable al que está referenciado el préstamo”.

⁴⁴ MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 46-54.

⁴⁵ Vid. Artículo 2.2 Ley 47/2007, de 19 de diciembre 2007. Ley de Mercado de Valores. (RCL 2007\2302).

- ✚ Este contrato es de carácter **aleatorio** debido a las oscilaciones del tipo de interés del mercado que pueden generar beneficios o pérdidas a cargo del cliente y en beneficio de las entidades de crédito.
- ✚ No confundir las permutas financieras de tipo de interés, con los seguros, éstas **no tienen naturaleza de un seguro**, por no conllevar el pago de una prima.

En los últimos años y de acuerdo con la normativa fundamental aplicable, se ha originado la contratación de swaps de tipo de interés, también conocida como permutas financieras. El artículo 19 de la Ley 36/2003⁴⁶, regula la obligación de las entidades de crédito a informar y ofrecer a sus deudores con préstamos hipotecarios a tipo de interés variable, sobre los diversos instrumentos disponibles de cobertura de riesgo con la finalidad de cubrir a sus clientes ante el riesgo de la subida de tipo de interés e incremento del coste de su endeudamiento.⁴⁷ La comercialización de éstos instrumentos financieros a través de un contrato, fue favorable para los clientes hasta que se originó con la crisis financiera en el año 2008, una continua caída de tipo de interés. Los clientes debían asumir costosas liquidaciones negativas y en la mayoría de casos se demandó a las entidades de crédito por incumplir con sus obligaciones, ya que de haber informado correctamente a los clientes, éstos no hubieran suscrito un contrato swap.⁴⁸

⁴⁶ Vid. Artículo 19 Ley 36/2003, de 11 de noviembre 2003. Política económica, Medidas de reforma económica RCL 2003\2651., Vid. Artículo 19 Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril 2003. Ordenación económica, Medidas de reforma económica.

⁴⁷ VEGA VEGA, José Antonio. *El Contrato de Permuta Financiera...*, ob.cit., p. 35., MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 17 y 55.

⁴⁸ Ver en Anexos, noticias: “Atrapados en una red de ‘swaps’ y ‘puts’”, “El supremo anula un ‘swap de inflación’ porque el cliente desconocía lo que firmaba”, “El supremo obliga a Caixa Penedès a anular contrato de ‘swaps’”.

El presente artículo considera en general los clientes con préstamos hipotecarios sin hacer distinción por la finalidad empresarial o personal que puedan tener en cada caso acontecido.⁴⁹

5.2) Las obligaciones de las entidades de crédito en la contratación swap.

La directiva MiFID (Markets in Financial Instruments Directive)⁵⁰ es la normativa aplicable que establece las obligaciones de las entidades de crédito por lo que se refiere a sus relaciones con los clientes para la contratación de swaps de tipo de interés.⁵¹ El cumplimiento de las siguientes obligaciones se considera relevante a efectos de formar el consentimiento de las partes sin ser viciado por el error y el contrato se haya formado correctamente.

I. Obligación de actuar con diligencia y transparencia

Es el deber principal que incumbe a las entidades que presten servicios de inversión, como son las entidades de crédito, a actuar de acuerdo el principio de la buena fe y de la lealtad, entendiéndose que deben velar por los intereses de los clientes de tal manera como si éstos fueran propios de dichas entidades.⁵²

Ésta obligación vincula a las siguientes, ya que deberá realizar de forma transparente y diligente una clasificación de clientes, obtener información sobre las circunstancias e informar a sus clientes.

⁴⁹ MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 17.

⁵⁰ Directiva *MiFID* (Markets in Financial Instruments Directive) 39/2004, de 21 abril de 2004. (LCEur 2004\1848).

⁵¹ MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 57.

⁵² Vid. Artículo 79 Ley 47/2007, de 19 de diciembre 2007. Ley de Mercado de Valores. RCL 2007\2302., Vid. Artículo 4.1.1 Directiva *MiFID* (Markets in Financial Instruments Directive) 39/2004, de 21 abril de 2004. LCEur 2004\1848., MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 24-25 y 84-91.

II. Obligación de clasificar a los clientes

Las entidades de crédito al ser empresas de servicios de inversión tienen el deber de clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas, debido a que no todos tienen el mismo nivel de información, formación y experiencia en instrumentos financieros. Es por ello que ante la compleja contratación de swaps de tipo de interés, en función de la clasificación de clientes según la normativa MiFID, se establecerá un nivel de protección e información adecuado a cada caso.⁵³

El cliente profesional se define como aquel, a quien una entidad de crédito presta servicios de inversión, y presume de tener conocimientos, experiencia y la cualificación necesaria para tomar sus decisiones valorando los riesgos a los que se expone.

Por lo contrario, será considerado un cliente minorista aquel que no sea profesional y al cual se le deba proteger al máximo debido a su falta de experiencia y conocimiento necesario de las permutas financieras. La mayoría de clientes minoristas serán personas físicas y PYMES.⁵⁴

III. Obligación de informarse acerca de las circunstancias de los clientes

La entidad de crédito debe disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes, con la finalidad de poder recomendarles los servicios o instrumentos que más les convengan y adecuar la contratación del instrumento financiero en función de la clasificación y circunstancias de los clientes.⁵⁵ Para cumplir con la obligación, las

⁵³ Fuente: “La Caixa” entrevista realizada a una trabajadora a fecha 29 de marzo de 2014., MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 91-96

⁵⁴ MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...* ob.cit., p. 25., Vid. Artículo 78 bis. Ley 47/2007, de 19 de diciembre 2007. Ley de Mercado de Valores. RCL 2007\2302., Vid. Artículo 4.1.10- 4.1.12. Directiva MiFID (Markets in Financial Instruments Directive) 39/2004, de 21 abril de 2004. (LCEur 2004\1848).

⁵⁵ Vid. Artículo 79.5 bis. Ley 47/2007, de 19 de diciembre 2007. Ley de Mercado de Valores. (RCL 2007\2302)., MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 96-97.

entidades de crédito deben realizar un test de conveniencia y de idoneidad, consistentes en un conjunto de preguntas para determinar si el cliente comprende los riesgos de la operación a realizar, y así ofrecerles e informar de los productos o instrumentos financieros que son adecuados a su perfil.

El test de conveniencia no es necesario en el caso de los clientes profesionales, no obstante, se deberá realizar para los minoristas con el objetivo de que la entidad de crédito pueda verificar si el cliente comprende todos los riesgos inherentes del servicio o producto de inversión prestado y su vez, se deberá determinar si dicho producto es el adecuado en función del perfil que tenga el cliente. La entidad, en el caso que resulte, deberá de informar al cliente sobre la no adecuación del producto.⁵⁶

El test de idoneidad se realizará tanto a clientes profesionales como minoristas cuando la entidad preste un servicio de asesoramiento, para recomendar el producto financiero adecuado a éstos en función de la información obtenida. Para ello, la entidad debe obtener información de sus clientes sobre los conocimientos y experiencia en la contratación de productos financieros, la situación financiera y sus objetivos de inversión.⁵⁷

IV. Obligación de informar a los clientes

Las entidades de crédito tienen la obligación de informar adecuadamente a todos sus clientes para la contratación de swaps de tipo de interés. La información proporcionada para ser imparcial, clara y no engañosa debe cumplir una serie de condiciones: La información debe ser exacta e indicar los beneficios y riesgos del instrumento financiero

⁵⁶ MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 97-100.

⁵⁷ Vid. Artículo 79.6. Ley 47/2007, de 19 de diciembre 2007. Ley de Mercado de Valores. (RCL 2007\2302).

contratado, y además no tiene que ocultar ningún aspecto o advertencia importante para el cliente.⁵⁸

El contenido de la información que debe proporcionarse al cliente para que las entidades cumplan con su obligación será el siguiente:⁵⁹

- ✚ Las condiciones del contrato, así como sus costes y gastos derivados de éste. El cliente tiene que estar informado del precio total que ha de pagar por el instrumento financiero, y debe estar advertido de la posibilidad que surjan nuevos costes.
- ✚ Se debe realizar una explicación detallada sobre la naturaleza y características del instrumento financiero y los riesgos que puedan derivarse del producto.
- ✚ El cliente debe estar informado de los resultados históricos y futuros basados en supuestos razonables, sobre los instrumentos o índices financieros que sean idénticos al que tenga contratado.
- ✚ De acuerdo con el Orden EHA/2899/2011, las entidades de crédito en la contratación de swaps de tipos de interés deberán proporcionar información sobre la naturaleza del instrumento, los límites al alza y baja de los tipos de interés, la duración del contrato, destacar la posibilidad de liquidaciones negativas y el coste en caso de cancelación anticipada del contrato.⁶⁰

El objetivo de la provisión de información consiste en permitir conocer y comprender los instrumentos financieros y sus estrategias, los costes

⁵⁸ Vid. Artículo 79.1 y 79.2 . Ley 47/2007, de 19 de diciembre 2007. Ley de Mercado de Valores. (RCL 2007\2302)., Vid. Artículo 60. Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero 2008, de Empresas de servicios de inversión. (RCL 2008\407)., MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 108-111.

⁵⁹ MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p. 113-117.

⁶⁰ Vid. Artículo 24 del Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

asociados a este tipo de permutas financieras y los riesgos. De manera que permite al cliente tomar su decisión sobre el producto financiero que desea contratar.

5.3) El error en la contratación de swaps de tipo de interés

La jurisprudencia ha estimado la ineficacia y la nulidad, en la mayoría de contratos swaps de tipo de interés celebrados con clientes minoristas, por la formación viciada del consentimiento debido a que habían contratado mediando un error esencial y excusable.⁶¹

Uno de los requisitos que deben concurrir para que el error vicie los contratos swaps es la **esencialidad**. El error padecido que concierne al cliente para invalidar su consentimiento debe recaer en la sustancia o condiciones del objeto de contrato.

Las dos cuestiones analizadas en relación al carácter esencial son:

- I. La falta o insuficiente información del cliente sobre el riesgo de generar liquidaciones negativas ante las bajadas de tipos de interés.

La jurisprudencia entiende que los clientes no son conscientes del error padecido hasta que se efectúan los saldos o liquidaciones negativas para ellos. A partir de entonces, ante el desconocimiento de lo realmente firmado y contratado con la entidad bancaria, los clientes pueden alcanzar percibir su error.⁶²

En la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de enero de 2014**, se concluye que la falta de información precontractual provoca en el cliente minorista un error esencial, entendido como un falso conocimiento de la realidad que supone la emisión de una declaración de

⁶¹ MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p132 y ss., MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*, ob.cit., p. 189 y ss., Vid. artículo 1266 del Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.

⁶² SAP Asturias en Oviedo de 23 de julio de 2010, transliterada en GARCÍA ANGULO, Bernardo. *L. Nulidad de los contratos SWAP...*, ob.cit., p.51-54.

voluntad no querida y da lugar a la nulidad del contrato.⁶³ En este sentido la A.P de Barcelona declara: *"que esa falta de información precontractual provocó en la parte demandante un evidente error sobre la substancia del objeto del contrato, entendido como un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (STS 25 de mayo de 1963), que invalida el consentimiento (artículo 1266CC) y da lugar a la nulidad del negocio jurídico."*

En la **sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 14 de diciembre de 2011**, también se aprecia el error esencial del cliente provocado por la ausencia de información adecuada que tenía que haberle proporcionado la entidad de crédito. En el momento que se celebró el contrato, los intereses estaban al alza y la contratación de un instrumento financiero, como es el swap, daba cobertura al cliente produciendo liquidaciones positivas. No obstante, a éste no se le informó sobre la prevista caída de tipos de interés que comportaría las liquidaciones negativas a cargo del cliente y resultaría beneficiada la entidad. La A.P de Murcia estima lo siguiente: *"Se ofertó dicho producto coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce al cliente, y se oferta cuando la crisis ya había asomado y una de las medidas para combatirla fue una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que ha visto como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para la actora), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos que han generado la deuda importante con cargo a la demandante, especialmente dado el periodo de duración el contrato (de 16 de mayo de 2008 a 30 de mayo de 2011, que corresponde a un periodo de progresiva y franca bajada de los tipos, salvo una mínima fase inicial alcista); y es indudable que quien, de las dos partes contratantes, se*

⁶³ Jurisprudencia. ARANZADI BIBLIOTECAS. SAP de Barcelona, núm.5/2014, de 10 de enero de 2014 (AC\2014\82). Ver cuadro de análisis de jurisprudencia sobre la nulidad de contratos swaps, pág. 36.

*hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no la actora, cuyos partícipes y representante legal carecen de conocimientos suficientes para advertir prima facie, y sin información adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado.”.*⁶⁴

- II. El defectuoso conocimiento o el desconocimiento de la información relacionada con el procedimiento para la obtención del cálculo de los costes de cancelación anticipada del contrato. En la **sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19 de febrero de 2013**, la entidad de crédito al informar deficientemente al cliente sobre el cálculo correspondiente y el coste por la cancelación anticipada del contrato litigioso, produjo el error esencial en el consentimiento del cliente.⁶⁵ La A.P de las Palmas al estimar dicho error declara: *“Hemos, en definitiva, de concluir que la entidad bancaria recurrente no informó al cliente de forma precisa y correcta sobre las consecuencias de la cancelación anticipada, utilizando una cláusula para ello de muy difícil explicación para el cliente al no proporcionarle datos objetivos informativos necesarios para poder comprender las consecuencias económicas negativas que tendría en el supuesto de hacer uso de dicha facultad de cancelación, y ello con independencia del contenido de la estipulación 6 referida al periodo de comercialización.”.*

⁶⁴ Jurisprudencia. ARANZADI BIBLIOTECAS. SAP de Murcia, núm.355/2011, de 14 de diciembre de 2011 (AC\2011\2364). Ver cuadro de análisis de jurisprudencia sobre la nulidad de contratos swaps, pág. 36.

⁶⁵ Jurisprudencia. ARANZADI BIBLIOTECAS. SAP de Las Palmas, núm.71/2013, de 19 de febrero de 2013 (JUR\2013\166280). Ver cuadro de análisis de jurisprudencia sobre la nulidad de contratos swaps, pág. 36.

La **excusabilidad**, es el segundo requisito indispensable para que vicie el consentimiento del cliente en la contratación de los contratos swaps, que se refiere a que éste habiendo mantenido una conducta diligente, pueda incurrir en el error sin culpa ni intención. Las circunstancias determinantes de éste carácter excusable son las siguientes cuatro: ⁶⁶

- I. La falta de información en el cliente, sobre las condiciones contractuales y posibles liquidaciones negativas ante la bajada de tipos de interés, es el criterio más relevante que la jurisprudencia ha tenido en cuenta para estimar el error padecido por los clientes. Parece claro que si el cliente es quien alega el error que ha padecido por la ausencia de información por parte de del banco, tiene la carga de su prueba. No obstante, el dificultoso alcance del cliente sobre la prueba en la ausencia de información, implica que la jurisprudencia exija a la entidad bancaria la acreditación de la información facilitada a su clientela. ⁶⁷

En la **sentencia de Audiencia Provincial de Granada de 8 de febrero de 2013**, el incumplimiento del deber de información de la entidad financiera al cliente produce que éste padezca el error excusable y no pueda serle imputado por el desconocimiento correcto de las condiciones reales y el alcance del contrato. ⁶⁸ La Audiencia Provincial de Granada pone de manifiesto: *“El incumplimiento por parte de la entidad de crédito de la conducta leal exigible respecto de la falta de una adecuada información a su cliente... Solo podemos estimar que esta situación genera, la creación un error excusable sobre la naturaleza y las características esenciales del contrato concertado respecto del instrumento financiero en cuestión.”*.

⁶⁶ MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés...*, ob.cit., p135-148.

⁶⁷ SAP Álava de 14 de abril de 2011, transliterada en GARCÍA ANGULO, Bernardo. L. *Nulidad de los contratos SWAP...*, ob.cit., p.95-97.

⁶⁸ Jurisprudencia. ARANZADI BIBLIOTECAS. SAP de Granada, núm. 44/2013, de 8 de febrero de 2013 (JUR\2013\224819). Ver cuadro de análisis de jurisprudencia sobre la nulidad de contratos swaps, pág. 36.

En la **sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 3 de diciembre de 2013**,⁶⁹ en la contratación de un swap de tipo de interés, el cliente ha padecido un error excusable en su consentimiento debido a la ausencia de información que debería de haberle proporcionado la entidad de crédito sobre los riesgos y alcance del contrato. Además, el cliente carente de conocimientos financieros para la comprensión del contenido técnico del contrato y la presión por parte de la entidad para que lo firmara urgentemente, justifican el consentimiento viciado por el error. La A.P de Murcia en este sentido declara: “ *No existió suficiente información, dando esta Sala por reproducidos los mismos, produciéndose un error excusable por cuanto: la información ofrecida no fue suficiente sobre la dimensión verdadera del riesgo ya que se le avisó de la posibilidad de que subiera el tipo de interés (no de que bajara); se le ofreció el nuevo contrato como una nueva cobertura, renovando otros productos anteriores que no le habían ocasionado problema alguno, comportándose como un seguro frente a la fluctuación del tipo de interés; se le instó a que lo firmara de manera urgente so pena de incurrir en grandes pérdidas; no se le aconsejó en ningún momento que acudiera a una asesoría financiera externa, ya que era para su beneficio, no concretándole el riesgo; y, sin que la detenida lectura del contrato permitiera conocer su alcance dado el contenido técnico del mismo de difícil comprensión para una persona sin conocimientos financieros superiores a los precisos para el desenvolvimiento ordinario de una empresa que se dedica a la comercialización de carnes de animales que ella misma sacrifica, y a la que basta con tener conocimiento de cuentas corrientes, líneas de descuento o pólizas de crédito; no pudiendo concluirse que Don. Samuel haya desarrollado una importante actividad inversora por el hecho de haber suscrito anteriormente otros dos SWAPS que no le habían causado problema alguno.*”

⁶⁹ Jurisprudencia. ARANZADI BIBLIOTECAS. SAP de Murcia, núm. 567/2013, de 3 de diciembre de 2013 (JUR\2014\9867). Ver cuadro de análisis de jurisprudencia sobre la nulidad de contratos swaps, pág. 36.

- II. El desequilibrio de información entre las entidades y los clientes es un criterio importante para apreciar la excusabilidad que concierne al cliente. Si las entidades hubieran informado detalladamente y en profundidad sobre los pronósticos profesionales de la evolución de los tipos, la mayoría de clientes no hubieran contratado una permuta financiera, ya que se han beneficiado más las entidades por las continuas bajadas de tipo.

El contrato swap no tiene unas cláusulas equilibradas entre las partes, ya que ante la bajada de tipos de interés, los bancos reciben liquidaciones positivas altas y desproporcionadas respecto las que reciben los clientes en los supuestos de alza de los tipos. Al producirse mayores beneficios para los bancos, provoca que el cliente conozca escasamente el contenido real del contrato, y padezca el error.⁷⁰

- III. Algunos de los clientes alegan que la forma en la que se comercializaron masivamente las permutas financieras no ha sido la adecuada, ya que dio lugar a entender que se les estaba ofreciendo un seguro que les cubría el alza de los tipos de interés.

En el contexto en que se comercializaron los swaps, las entidades no informaron a los clientes de la posible situación ulterior que provocaría la bajada de tipos y las correspondientes liquidaciones negativas a cargo de los clientes.

- IV. Para determinar el error excusable, también se tiene en cuenta si se produjo asesoramiento al cliente junto la obligación de las entidades a realizar el test de idoneidad y de conveniencia, a efectos de ofrecer el producto financiero adecuado a las circunstancias del cliente, sobre todo a los de condición minorista.

⁷⁰ SAP Lugo de 8 de febrero de 2011, transliterada en GARCÍA ANGULO, Bernardo. L. *Nulidad de los contratos SWAP...*, ob.cit., p.69-70.

En la **sentencia de Audiencia Provisional de Albacete de 26 de abril de 2012**, debido a la información insuficiente y confusa proporcionada por la entidad al cliente, ocasionó a éste una creencia equivocada del producto que contrataba y desconoció los riesgos inherentes al contrato.⁷¹ La Audiencia Provincial de Albacete en este sentido declara: *“La entidad financiera incumplió su deber de información que fue insuficiente y confusa, lo que ocasionó una creencia equivocada en el cliente del producto que contrataba, sin que pueda considerarse como parte de la información ofrecida la documentación de lo contratado que constituye el documento que firma el contratante corroborando su consentimiento...Teniendo el error carácter excusable pues el demandante no pudo conocer, en su condición de **cliente minorista**, los riesgos del negocio empleando una diligencia media...Existiendo falta de diligencia y transparencia al ofrecer al cliente un producto que no solicitó expresamente y con un riesgo desconocido, con omisiones que revelan una reticencia dolosa a informar sobre hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, lo que constituye también un vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato”*.

⁷¹ Jurisprudencia. ARANZADI BIBLIOTECAS. SAP de Albacete, núm. 114/2012, de 26 de abril de 2012 (JUR\2013\166280). Ver cuadro de análisis de jurisprudencia sobre la nulidad de contratos swaps, pág. 36.

Cuadro de análisis de jurisprudencia sobre la nulidad de contratos swaps

Sentencia analizada	Partes	Causa nulidad swap
SAP Barcelona, núm. 5/2014, de 10 de enero de 2014. (AC\2014\82)	Demandante: Artouste, S.L. Demandada: BBVA	Error esencial del demandante por falta de información precontractual.
SAP de Las Palmas, núm. 71/2013, de 19 de febrero de 2013. (JUR\2013\166280)	Demandante: Doña Cristina Demandada: BANKINTER, S.A.	Error esencial del demandante por deficiente información sobre la cancelación anticipada del contrato.
SAP de Murcia, núm. 355/2011 de 14 de diciembre. (AC\2011\2364)	Demandante: Agrícola Miramar, S.L. Demandada: BBVA	Error esencial del demandante por ser viciado su consentimiento, debido a la ausencia de información sobre las liquidaciones negativas oportunas.
SAP de Granada, núm. 44/2013, de 8 de febrero de 2013. (JUR\2013\224819)	Demandante: Viajes Lentej, S.L.L. Demandada: Banco Cooperativo Español, S.A.	Error excusable del cliente por desconocer la correcta información acerca de las condiciones del swap.
SAP de Murcia, núm. 567/2013, de 3 de diciembre de 2013. (JUR\2014\9867)	Demandante: Industrias Cárnicas Hala, S.L. Demandada: Banco Español de crédito, S.A	Error excusable padecido por el demandante debido a la falta de información sobre el alcance y los riesgos del contrato.
SAP de Albacete, núm. 114/2012, de 26 de abril de 2012. (JUR\2012\180359).	Demandante: MUSES TV S.A Demandada: BANCAJA	Error excusable del demandante por una creencia equivocada del producto contratado.

6.Conclusiones

PRIMERA.- El estudio sobre la comercialización de contratos swaps de tipo de interés, nos ha permitido realizar un análisis de diversos aspectos relevantes para poder entender finalmente, como un cliente ha otorgado un consentimiento viciado por el error en la contratación de swaps. Principalmente el consentimiento es el elemento más relevante de los requeridos para la existencia de un contrato, definido como un acuerdo, de como mínimo, dos declaraciones de voluntad que se produce entre las partes contratantes y recae sobre el objeto y la causa del contrato.

SEGUNDA.- El consentimiento puede resultar viciado por el error, entendiéndose éste como una equivocación o falsa representación mental de la realidad, que supone declarar una voluntad contractual no querida y por ello, la formación irregular del contrato. En el caso de no haber existido el error, la voluntad del declarante hubiera sido distinta.

TERCERA.- Al realizar éste trabajo, hemos podido conocer la diferencia entre el error vicio y el error obstativo. El primero, es aquel en que la voluntad de la parte contratante ha sido formada por el error vicio, debido a una equivocación o una falsa representación mental producida por una serie de factores que han impedido la correcta formación de la voluntad contractual. Éste error se podrá impugnar o solicitar la anulación del contrato viciado. El segundo, el error obstativo es aquel que provoca en la parte contratante una equivocación al emitir su declaración de voluntad. Esto origina una divergencia entre su voluntad interna y la declaración de la voluntad que finalmente emite. Al producirse éste tipo de error implica la ausencia del consentimiento y supone la nulidad absoluta del contrato.

QUARTA.- El deber de información se presenta como un elemento importante para la formación de la voluntad de las partes contratantes, ya que la parte que tenga mayor conocimiento e información debe proporcionársela a la otra. Normalmente serán los clientes, quienes desconocen las obligaciones, los derechos y los riesgos a los que se somete. En consecuencia, entendemos que existe una relación entre la obligación de información y el error, ya que ante la

ausencia de información necesaria, una de las partes puede padecer el error al emitir su consentimiento.

QUINTA.- Los contratos swaps de tipo de interés suponen la contratación entre las entidades de crédito y los clientes, un instrumento financiero complejo, debido a las dificultades que implican su funcionamiento y comprensión para aquellos clientes inexpertos en finanzas. Por ésta complejidad, entendemos que debe ser mayor la información que debe proporcionarse en su comercialización.

Con el análisis de la directiva MiFID, hemos podido conocer que se ha impuesto a las entidades de crédito la obligación de informarse acerca de las circunstancias de los clientes y proporcionarles la información necesaria con diligencia y transparencia, a efectos de poder recomendarles los productos financieros adecuados.

SEXTA.- En el presente estudio jurisprudencial realizado, concluimos que la jurisprudencia se ha manifestado a favor de los clientes y ha estimado la nulidad de los contratos swaps de tipo de interés por la presencia de un error esencial y excusable, como vicio en el consentimiento, debido a la ausencia de información que era necesaria para la formación de una voluntad contractual libre.

La jurisprudencia se ha basado en unos criterios para estimar el error en la mayoría de los clientes, destacándose los clasificados como minoristas, que merecen mayor protección por la falta de experiencia y conocimiento de instrumentos financieros. Los criterios principales se centran en la ausencia o deficiente información sobre las continuas liquidaciones negativas ante la bajada de tipos de interés que han tenido que asumir dichos clientes, y también sobre el incorrecto conocimiento del cálculo y el coste correspondiente para la cancelación anticipada del contrato litigioso. Las sentencias estudiadas nos han permitido comprender que, el incumplimiento por parte de la entidad financiera de una conducta leal y exigible, respecto la falta de otorgar una adecuada información sobre la naturaleza, las características y el alcance del contrato swap, ha supuesto el error padecido por el cliente que no pudo conocer los riesgos del negocio empleando una diligencia.

7.Bibliografia

- ❖ ALBALADEJO, Manuel; DIAZ ALABART, Silvia., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil. Tomo XVII, Vol. 1-B, Editorial revista de derecho privado, editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1993.
- ❖ BdE, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, 2010.
- ❖ DíEZ- PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción teoría del contrato*. Vol. 1, 6ª Edición, Homson Civitas, Pamplona, 2007.
- ❖ DíEZ- PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio., *Sistema de derecho civil*, Vol. II. 9º Edición, Tecnos, Madrid, 2002.
- ❖ GARCÍA ANGULO, Bernardo. L. *Nulidad de los contratos SWAP en la jurisprudencia*. Eolas ediciones, León, 2011.
- ❖ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRÍA. Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín., *Elementos de derecho civil: Derecho de obligaciones, Parte general. Teoría general del contrato*, Vol. II. 4º Edición, Dykinson, Madrid, 2007.
- ❖ LLOBET I AGUADO, Josep., *El deber de información*. Memòria de Doctorat. UAB, 1991.
- ❖ MERCADAL VIDAL, Francisco; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipo de interés por las entidades de crédito. Estudio sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales*. Bosch, Hospitalet del Llobregat (Barcelona), septiembre, 2012.
- ❖ MORALES MORENO, Antonio- Manuel., *El error en los contratos*. Ceura, Madrid, 1988.
- ❖ PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier., *Manual de derecho civil, Derechos de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, Vol. II. 3ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.

- ❖ SUÁREZ SUÁREZ, Andrés S. *Diccionario terminológico de Economía, Administración y Finanzas*. Pirámide, Madrid, 2000.
- ❖ TAMAMES, Ramón; Gallego, Santiago. *Diccionario de economía y finanzas*. Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- ❖ VEGA VEGA, José Antonio. *El Contrato de Permuta Financiera (SWAP)*. Aranzadi Editorial, Navarra, 2002.

8.JURISPRUDENCIA

1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 5/2014, de 10 de enero de 2014. (AC\2014\82).
2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, núm. 71/2013, de 19 de febrero de 2013. (JUR\2013\166280).
3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, núm. 355/2011 de 14 de diciembre. (AC\2011\2364).
4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, núm. 44/2013, de 8 de febrero de 2013. (JUR\2013\224819).
5. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, núm. 567/2013, de 3 de diciembre de 2013. (JUR\2014\9867).
6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, núm. 114/2012, de 26 de abril de 2012. (JUR\2012\180359).

Sentencia de la Audiencia Provincial de
Barcelona, núm. 5/2014, de 10 de enero
de 2014. (AC\2014\82).

Audiencia Provincial

de Barcelona (Sección 14ª) Sentencia num. 5/2014 de 10 enero

[AC\2014\82](#)



CONTRATOS BANCARIOS: CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERES O SWAP: nulidad: procedencia: error en el consentimiento: cliente minorista: falta de información precontractual por parte de la entidad financiera: efectos: devolución por los contratantes de las cantidades entregadas fruto de las liquidaciones efectuadas.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación 803/2012

Ponente: Illma. Sra. María Dolors Montolió Serra

La Audiencia Provincial de Barcelona **declara haber lugar** al recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 22-05-2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cerdanyola del Vallés, revocándola en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución.

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN CATORCE

ROLLO Nº 803/2012

PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM. 606/2011

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE Cerdanyola del Vallès

SENTENCIA Nº 5/2014

Ilmas. Sras.

Dª. MARIA DOLORS MONTOLIO SERRA

Dª. MARTA FONT MARQUINA

Dª. CARME DOMÍNGUEZ NARANJO

En la ciudad de Barcelona, a diez de enero de dos mil catorce

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Catorce de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario núm. 606/2011, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Cerdanyola del Vallès, a instancia de Artouste, S.L. representada por la Procuradora Dª. Anna Camps Herreros, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. representada por el Procurador D. Álvaro Cots Durán, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 22 de mayo de 2012, por el/la Juez del

expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, con estimación total de la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, Doña Teresa Prat Ventura como demandante y en nombre y representación de Artouste S.L. debo absolver y absuelvo a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. de todos los pedimentos contra él dirigidos en el presente procedimiento. Se imponen las costas del presente procedimiento a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso en tiempo y forma mediante el oportuno escrito; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 5 de diciembre de 2013.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. MARIA DOLORS MONTOLIO SERRA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Artouste, S.L. insta demanda contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA al objeto que se declare la nulidad y la cancelación del contrato marco y de la confirmación de swap que subscribieron respectivamente los días 28 y 6 de mayo del 2008 con recíproca restitución de cantidades abonadas.

Sostiene que no se le dio suficiente y correcta información antes de contratar sobre los riesgos del producto en relación a las previsiones del euribor y sobre el derecho de cancelación lo que les llevó a prestar su consentimiento de forma viciada. Expresamente se refiere el demandante al error que determina la nulidad de los contratos. Añade además que son de adhesión con un clausurado críptico y difícilmente inteligible para quienes no están familiarizados con este tipo de contratación; no se negociaron las cláusulas que fueron impuestas por el banco que mantuvo siempre una posición dominante, siendo algunas de ellas abusivas y leoninas. Finalmente alude a una absoluta falta de equilibrio entre las prestaciones.

Invoca, entre otros, los artículos 1261 , 1265 y 1300 [CC](#)., los [artículos 62 a 76](#) de la [Ley 24/1988](#) reguladora del mercado de valores, el [RD 217/2008](#) y el [629/93 de 31 de mayo SIC](#) en relación a las normas de conducta y obligación de información por parte de entidades de inversión así como la normativa protectora de consumidores y usuarios.

La demandada se opone a la demanda. Mantiene, en primer lugar, que no es de aplicación a la demandante la legislación protectora de consumidores. Además, se trata de un cliente con conocimientos bancarios y experiencia en la contratación de productos financieros. Incluso uno de sus socios ya había contratado otros productos similares. Añade que se les facilitó la información que les era exigible como minorista que es y

nunca formularon objeción a una operación que fue concertada en dos fases.

La sentencia dictada en la primera instancia desestima la demanda. Descarta que sea aplicable a la demandante la normativa protectora de consumidores y aprecia que se le facilitó la necesaria información precontractual como minorista que es sobretodo cuando ya había concertado con anterioridad operaciones similares. Añade que, en todo caso, cualquier error que hubiera podido sufrir la demandante era imputable a su falta de diligencia.

Contra esta resolución recurre Artouste SL que insiste en sus pretensiones e invoca errónea valoración de la prueba.

SEGUNDO

Artouste SL imputa, en primer lugar y en síntesis, a BBVA no haberle facilitado necesaria, completa y correcta información sobre un producto derivado, que se le ofreció como cobertura ante las consecuencias que había de tener en un préstamo hipotecario la subida de tipos de interés, sobre las previsiones de las que disponía el banco ni de los riesgos económicos que conllevaba ni sobre los costes que le podía suponer su cancelación anticipada. La insuficiente información facilitada por el banco determinó que prestara su consentimiento de forma errónea y por tanto que sea nula la operación al recaer el error en sus condiciones esenciales.

No lo entiende así el Juzgado lo que lleva a la demandante a plantear de nuevo su pretensión ante este Tribunal. Fijado el conflicto en un ámbito puramente probatorio, un nuevo análisis y valoración de las pruebas practicadas ha de llevarnos a discrepar de la efectuada en la primera instancia y de las conclusiones que extrae el Juzgado.

Se ha de partir que si bien es cierto que Artouste SL no tiene la consideración de consumidor ni le es aplicable la normativa protectora de los mismos, sí que tiene la condición de minorista de conformidad con la ley de mercado de valores. La demandada se la reconoce expresamente en el escrito de contestación. La no discutida condición de minorista de Artouste SL comporta una exigencia de "un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes" como ha señalado el Pleno de la [Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de abril de 2013](#).

El TJUE en su reciente [sentencia de 30 de mayo de 2013 \(asunto 604/11\)](#) señala que a los efectos de la [Directiva 2004/30 CEE, de 21 de abril SIC](#) - que ha supuesto una importante progresión en la protección del inversor- el ofrecimiento de un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero suscrito por éste es un servicio de asesoramiento en materia de inversión tal y como se define en su artículo 4 apartado 1 punto 4, siempre que se den determinadas circunstancias como que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato se dirija al cliente en su calidad de inversor o que se presente como conveniente para este cliente y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público.

En el presente caso, sostiene la demandante que fue la entidad bancaria quien ofreció al administrador de Artouste SL un nuevo producto que había de asegurarle ante las oscilaciones de los tipos de interés pactados en el préstamo hipotecario que habían suscrito pocos meses antes. No niega la demandada que fuese así y en el acto del juicio lo reconoció el Sr. Rosendo que era el director de la oficina de BBVA y que fue quien

personalmente seleccionó a Artouste como posible cliente interesado en la operación.

Como se ha apuntado, ni la demandada al contestar ni tampoco el Sr. Rosendo en el acto del juicio, han cuestionado la condición de minorista de Artouste,SL ni que no recayera en el banco la especial obligación de información que exige la legislación reguladora del Mercado de Valores precisamente por su condición de minorista. Lo que sostiene la demandada y el director de la oficina es que se les facilitó esa información y que de este modo se cumplió con la obligación que les era legalmente exigible. Este Tribunal, a la vista de las pruebas practicadas, entiende que no es así pues la información que aporta el banco como la facilitada (doc.25-f.493) no cumple con tales exigencias como también entendió la CNMV en su informe de 25 de marzo de 2011 (f. 252).

El [artículo 79 bis LMV](#) exige a las entidades financieras que oferten productos financieros como el que se examina, una específica diligencia en la información en la fase precontractual que ha de prestar al cliente acerca del funcionamiento y riesgos a fin que éste pueda prestar su consentimiento con pleno conocimiento. En el ejercicio de sus actividades, tales empresas han de actuar con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado. Por otra parte les han de ofrecer y suministrar toda la información de que dispusieran cuando pueda ser relevante para la adopción de decisiones de inversión debiendo ser tal información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata ([RD 629/1993, de 3 de mayo](#)).

Al examinar el estándar de información que es exigible a estas empresas de conformidad con aquellos preceptos citados, señala el Tribunal Supremo en la ya reseñada sentencia del Pleno de la Sala 1ª de 18 de abril de 2013 , que "las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito" y en diversas ocasiones se refiere a la necesidad de facilitar "información completa y clara" y a las "exigencias de claridad y precisión en la información" que ha de alertar "sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva" añadiendo expresamente que "la obligación de información que establece la normativa legal [...] es una obligación activa, no de mera disponibilidad".

En el presente caso, al margen de los términos en que se difundían tales productos en el boletín informativo de la entidad ("seguros de tipo de interés"- f.270), la información que se le habría ofrecido al administrador de Artouste SL por parte de la entidad bancaria fue el documento que se ha acompañado por BBVA como documento 25, que resulta absolutamente insuficiente a tales efectos. Se trata, en definitiva de un simple folleto publicitario ("comunicación publicitaria" se le dice) en el que se le expone de forma muy sucinta el funcionamiento del producto y las "características de la cobertura". Se resalta (mayúsculas y negrita) que el cliente paga 3,99€ y recibe 4,857% añadiendo que entra por lo tanto "en una estructura con un ahorro de 0,867% puntos básicos". Es bien cierto que en el capítulo siguiente, bajo el epígrafe de riesgos, se añade que "el cliente puede llegar a pagar un tipo de 4,99% si un trimestre el Euribor 3m fija todos los días por debajo del nivel de la barrera (3,99%)" pero una información en tales escasos términos (no hay ninguna prueba de las simulaciones que el Sr. Rosendo dijo haberle presentado) no es suficiente, cuando la información que se ofreció sobre el sistema de liquidaciones

es escasa (el Sr. Rosendo reconoció que las liquidaciones son complicadas) y no se le informó del escenario entonces existente (previsión de una baja moderada del Euribor tal y como señaló el propio perito de la demandada en el acto del juicio). Como razona la [Sección 15 de esta Audiencia Provincial en su sentencia 18 de diciembre de 2012](#), "[A]l ofertar, promover [...] ante un cliente no familiarizado con instrumentos financieros derivados y sin experiencia en ellos un producto de esta naturaleza, de carácter complejo, con componente aleatorio y alto riesgo inherente, fórmulas de liquidación de difícil comprensión, con una vinculación por (...) años [...] pesaba sobre el banco oferente la obligación de facilitar al cliente, previamente a la celebración del contrato, un nivel de información completo y adecuado [...] con franca exposición de los distintos escenarios que pudieran producirse y que habrían de incidir en su economía y prestaciones, incluyendo un brusco descenso de los tipos de referencia, determinantes de unas liquidaciones a cargo de cliente muy superiores a las que percibiría (como se ha visto) si los tipos se mantenían al alza, así como un pronóstico, desde la buena fe, de la previsible tendencia del índice de referencia, y del juego conjunto de este producto con fines de cobertura con el contrato crediticio principal".

Tampoco se ofreció al administrador de la demandante información de los altos costes que le podía suponer la cancelación anticipada de la operación. Se publicita expresamente como producto cancelable pero no se informa que esta cancelación conlleva un elevado coste. Ninguna referencia se hace no sólo al quantum sino a la propia existencia de un coste económico. La información facilitada por la ahora demandada fue, pues, claramente insuficiente y al margen de las alegaciones de la demandada, no se ha acreditado que el administrador de Artouste SL hubiera contratado productos similares tanto con BBVA como con otras entidades. Se trata de una alegación, que pudiendo ser cierta, se encuentra huérfana de prueba.

La demandante vincula esta falta de información precontractual con el error (vicio en el consentimiento) que le llevó a contratar. Señalar al respecto que, si bien no siempre es equiparable en términos absolutos la falta de información y el error vicio, "en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba" ([SSTS 21 de noviembre de 2012](#) y [29 de octubre de 2013](#)). En la reciente [sentencia de 9 de mayo de 2013](#), el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en relación a las llamadas "cláusulas suelo" razona que el conocimiento de una cláusula - sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato. Dicho razonamiento no resulta ajeno al caso que se examina pues una deficiente e insuficiente información previa pudo provocar, y de hecho entendemos acreditado que provocó, una representación equivocada contractual determinante de error en el consentimiento prestado. En definitiva, la adecuada formación del consentimiento por parte del administrador Artouste, SL exigía que BBVA (que es quien ofrecía el producto) le facilitase una previa y completa explicación sobre su funcionamiento y sobretodo de los riesgos y costes que podía conllevar para aquella sociedad y la documentación que la demandada alega haberle entregado como información no resulta suficiente, a parecer de este Tribunal. Por otra parte, el protocolo de contratación y firma seguido al que se refiere la demandada resulta irrelevante a los efectos examinados pues ni evidencia ni permite deducir que se cumplieran las obligaciones de información exigidas.

A la vista, pues, de la prueba practicada, hemos de concluir, al aparecer como suficientemente seguro (y no como mera probabilidad- STS 21 de noviembre de

2012), que esa falta de información precontractual provocó en la parte demandante un evidente error sobre la substancia del objeto del contrato, entendido como un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (STS 25 de mayo de 1963), que invalida el consentimiento (artículo 1266CC) y da lugar a la nulidad del negocio jurídico. Y no puede entenderse que tal error fuera imputable al que lo padeció ni que hubiera podido ser salvado con la sola lectura del clausurado del contrato porque, al margen de no ser suficientemente claro para una persona no experta en productos financieros derivados (y no hay constancia que el administrador y socio de Artouste lo sea), el error deriva de la falta de una cumplida información precontractual por parte de la entidad financiera.

La nulidad de las operaciones determina la restitución de las prestaciones, lo que comportará la devolución por los contratantes de las cantidades entregadas fruto de las liquidaciones efectuadas.

TERCERO

Las costas causadas en la primera instancia son a cargo de la demandada ([artículo 394.1 LEC](#)). No se hace expresa imposición de las derivadas de la apelación ([artículo 398.2 LEC](#)).

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Artouste, S.L. con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Cerdanyola del Vallès en fecha de 22 de mayo de 2012 .

Se estima la demanda formulada por la representación procesal de Artouste, S.L. y en consecuencia se declara la nulidad del contrato de "confirmación de swap" de 6 de mayo de 2008 y el "contrato marco de operaciones financieras" de 28 de mayo de 2008 suscritos entre demandante y demandada con la consiguiente restitución recíproca de cantidades abonadas.

Las costas causadas en la primera instancia son a cargo de la demandada.

No se hace imposición de las costas que derivan de la apelación.

Se devolverá al apelante el depósito constituido para apelar (apartado 9 DA 15 [LOPJ](#)).

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación conforme el artículo 477.2-3 [LEC](#) y extraordinario por infracción procesal conforme el artículo 469 y la DF 16ª LEC mediante escrito presentado ante este tribunal dentro del plazo de los veinte días siguientes a su notificación.

Una vez se haya notificado y firme esta sentencia, se devolverán los autos al juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todas las Magistradas que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, núm. 71/2013, de 19 de febrero de 2013. (JUR\2013\166280).

Audiencia Provincial

de Las Palmas (Sección 5ª) Sentencia num. 71/2013 de 19 febrero

[JUR\2013\166280](#)



CLIP HIPOTECARIO: NULIDAD: estimación: error-vicio del consentimiento: omisión información esencial de riesgos de operación: nulidad de cláusula esencial de cancelación anticipada: contrato especulativo: falta de buena fe contractual.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación 729/2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Augusto García Van Isschot

SENTENCIA

Ilmos. Sres.-

PRESIDENTE: Don Víctor Cava Villarejo

MAGISTRADOS:

Don Carlos Augusto García Van Schott

Doña Mónica García de Izaguirre

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a diecinueve de febrero de dos mil trece.

VISTAS por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia número 115/2011, de veinticinco de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, en los autos de juicio ordinario nº 600/2010, seguidos a instancia de doña Cristina, parte apelada, representada en esta alzada por la Procuradora doña Ruth Arencibia Afonso con la dirección del letrado don Octavio Suárez Silva, contra la entidad mercantil "BANKINTER, S.A.", parte apelante, representada en esta alzada por la procuradora doña Ana Teresa Kozlowski, bajo la dirección del letrado Sr. Mariño Vila, siendo ponente el Sr. Magistrado don Carlos Augusto García Van Schott, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Telde, se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece: « Debo estimar y estimo la demanda interpuesta por interpuesto por la Procuradora doña Ruth Arencibia Afonso en nombre y representación de doña Cristina contra la entidad Bankinter SA representada por la Procuradora doña Ana Teresa Kozlowski por lo que debo declarar y declaro nulo el contrato de "clip hipotecario" de fecha 27 de octubre de 2008 bajo la nomenclatura Clip Optimo 8.0812/08 siendo la fecha de contratación el 27.10.2008 con

una fecha de cobertura de 1.12.2008 a 3.12.2012 con un nominal de 74.000, suscritos por las partes, así como a la condena de la entidad demandada a pagar a la actora la cantidad de 1.362,58€ y las demás liquidaciones que se produzcan en el referido contrato tras la interposición de la demanda de forma mensuales si fueran descontadas a la actora, previa su compensación con cantidades positivas si existieran producto del cálculo del contrato. Sin que proceda condena en costas a ninguna de las partes. Notifíquese a las partes la presente resolución.».

SEGUNDO.- La referida sentencia número 115/2011, de veinticinco de mayo , la recurrió en apelación la parte demandada, interponiendo, tras su anuncio, el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que allí constan. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el [art. 461](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló la fecha para su discusión, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, salvo el término para dictar sentencia dado el exceso e incremento de asuntos que viene ingresando y acumulando ante esta sección y la necesidad de reproducir en varias ocasiones la grabación audiovisual del juicio de una hora y treinta y siete minutos de duración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Frente a la sentencia dictada en primera instancia que acordó estimar la pretensión ejercitada con la demanda (declaración de nulidad contractual por error-vicio del consentimiento directamente derivado de la información esencial omitida y que entrañó que el cliente contrataba un producto que a modo de seguro le compensaría por los excesos que pagar por los intereses de su hipoteca cundo los tipos se situaran sobre los limites establecidos y por la nulidad de la esencial cláusula de cancelación anticipada) y declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS), firmado entre las partes litigantes el día 27 de octubre de 2008, denominado CLIP HIPOTECARIO ÓPTIMO 8.0812/08 (Clip Hipotecario de tipo de interés) en la sucursal que la entidad demandada "Bankinter, S.A." tiene en la oficina de la plaza de San Gregorio de la ciudad de Telde, con la restitución de las prestaciones, se alza ahora la entidad recurrente/demandada solicitando la revocación de la resolución recurrida alegando como motivos de apelación el de la naturaleza del contrato denominado Clip Bankinter, la vulneración del artículo 1.261 y concurrentes del [Código Civil](#) en lo relativo a la comprensión; y el error en la valoración de la prueba en lo relativo a la falta de información e incorrecta valoración de la cláusula de cancelación anticipada.

En la demanda se alegó, y así se probó en el juicio, que el producto lo adquirió la demandante a través del empleado de la citada oficina don Dionisio .

SEGUNDO

Alega la entidad bancaria recurrente que no es aplicable la legislación del mercado de valores al existir vinculación entre el "clip" litigioso y un préstamo con garantía hipotecaria (por importe de 123.000,00 euros, treinta años de amortización, con un interés fijo durante el primer año del 4,99%, y a partir de esa fecha a un tipo de referencia - Euribor- más un diferencial), celebrado, diez meses antes, entre ellos mismos el día 19 de diciembre de 2007, cubriendo el clip un importe del 74,14 % del nominal equivalente (74.000,00 euros) al nominal de la permuta financiera y para fundamentar su alegato se apoya en una nota conjunta del Banco de España y la CNMV (documento nº 9 de la contestación, folios 191 a 197).

La alegación no puede prosperar.

Traemos aquí a colación las consideraciones que ya efectuamos en nuestra anterior sentencia nº 361-2012 (Ponente D. Víctor Manuel Martín Calvo), es decir, la de que la simple nota a que se refiere la recurrente tiene por único y exclusivo objeto el determinar, delimitando, la competencia supervisora y de resolución entre el Banco de España y la CNMV respecto a las reclamaciones que afecten a instrumentos financieros derivados de cobertura de riesgos de tipo de interés (o divisa). Ha de tenerse en cuenta que el swap litigioso fue concertado en septiembre de 2008 (tras la cancelación de uno anterior) por lo que, atendiendo dicha fecha, era de aplicación la normativa MiFID. En efecto, con el objetivo de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo (conocida como MiFID: «Markets in Financial Instruments Directive») y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, se publicó (BOE 304/2007, de 20 de diciembre de 2007) 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 (en adelante LMV) y que entró en vigor, conforme a su disposición final sexta, al día siguiente de su publicación (por tanto el 21 de diciembre de 2007, antes de celebrarse el contrato litigioso). Dicha Ley modificó el [art. 2](#) de la LMV que en la actualidad dispone que: "Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros: (.) 2. 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 (.)", por ello el contrato litigioso queda afectado por las disposiciones de dicha ley y, en especial, por lo aquí interesa, por los arts. 78 y sig. (Título VII -normas de conducta - Capítulo Primero - normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión -).

Dispone el [art. 78.1](#) LMV (Sujetos obligados) que: Quienes presten servicios de inversión deberán respetar: a) Las normas de conducta contenidas en el presente Capítulo. b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere la letra a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta.

Por su parte, el [art. 79](#) LMV (Obligación de diligencia y transparencia) establece que: "Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo (.)". Y el art. 79 bis. (obligaciones de información) que: "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa (.). 3. (.) 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. (.) 5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes. 7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior (el apartado 6. -que no hemos transcrito por innecesario - se refiere a los servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras), la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado. (.)". Por su parte, el [RD 217/2008 de 15 de febrero](#), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (BOE número 41 de 16/2/2008, páginas 8706 a 8734) que entró en vigor al día siguiente de su publicación (por tanto antes de la celebración del contrato litigioso), dispone: "A los efectos de lo dispuesto en el [art. 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 art. anterior (que se refiere a los servicios 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"; e igualmente el art. 74 de dicho RD señala que: "1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del

cliente que resulten relevantes. - 2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del art. 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio. - 3. Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta.

Ciertamente, como reseña la apelante en su recurso el art. 79 quater (Excepciones a las obligaciones de información y de registro) LMV establece que "Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información." Sin embargo no se ha acreditado que el 'clip' litigioso (como servicio de inversión) se ofreciera a la actora como "parte" del préstamo hipotecario por más que existiera relación (que no 'vinculación', al menos vinculación jurídica) al pretenderse, indirectamente, la protección frente a los cambios de tipos de interés sin que, además, el préstamo hipotecario esté sujeto a legislación comunitaria 'referente a la valoración de riesgos de los clientes' ni a 'requisitos de información'.

Finalmente ha de traerse a colación las atinadas consideraciones recogidas en la sentencia número 9/2012 de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª; recurso nº 875/2011; de fecha del 20/01/2012) según las que <<Por último, se refiere el apelante a la no aplicación del art. 79 bis y ter de la LMV en cuanto al derecho de información, a tenor del art. 79. Quáter, simplemente diremos que no podemos estar más de acuerdo con la apelante en el sentido de que la normativa sectorial no es decisiva a la hora de resolver un contrato civil, desplegando sus efectos en el ámbito administrativo y eventualmente contencioso, ahora bien, nada impide que los tribunales civiles puedan tomarla como orientativa en la resolución de la nulidad contractual por vicios del consentimiento y protección al consumidor. Es más, la [Ley 26/1988, de 29 de julio](#) , sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2 , con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación. Tampoco sea dable el olvidar que en relación a las condiciones generales de los contratos, la [Ley 7/1998, de 13 de abril](#) , rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.>>.

TERCERO

Conectado con lo anteriormente expuesto y con respecto a la tesis del apelante BANKINTER de que la triple referencia que el Juzgador efectúa (en los fundamentos de derecho 3º, 4º y 5º) a la naturaleza especulativa del contrato hemos de responder que nosotros también compartimos ese mismo criterio y así lo reflejamos en nuestra anterior resolución o sentencia de veintisiete de septiembre de dos mil doce , precisamente referida al contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS), firmado entre las partes contratantes el 29 de septiembre de 2008, producto denominado CLIP

HIPOTECARIO ÓPTIMO 6.8 (Clip Hipotecario de tipo de interés) celebrado también en Telde a través del mismo ejecutivo de banca personal de Bankinter don Dionisio que comercializó el producto, cuando dijimos: << Uno de los motivos por los que suele apreciar que el error es excusable acontece cuando la parte, no afectada por el error, estaba obligada legalmente a suministrar determinada información y no lo hace o lo hace de modo inadecuado. Pues bien, ha señalado ya en reiteradas ocasiones este Tribunal que aunque la mecánica del contrato es sencilla y fácil de explicar en su concepto, resulta que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, por lo que si en lugar de producirse una elevación de los tipos de interés de referencia (Euribor), lo que hubiese beneficiado a la demandante, se originaba una bajada, como ha sucedido, podía suponer graves perjuicios económicos para el cliente, siendo precisamente esto lo que denuncia la demanda, por falta de información adecuada de los riesgos de la operación, incurriendo, por tanto, en error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar el consentimiento.>>.

CUARTO

Con este planteamiento previo acerca de la naturaleza del contrato y de la legislación aplicable y en contemplación también del [artículo decimonoveno](#) la [Ley 36/2003](#) sobre "Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios", la sentencia de primera instancia pasó a estudiar la pregunta clave acerca de si la parte actora conocía la naturaleza del contrato suscrito carácter volátil y especulativo, es decir, si la cliente conocía y entendía la naturaleza de dicho producto y para el caso de desconocerla, si era posible que llegara a aquel conocimiento a través de la diligencia media exigible de un consumidor.

El Juez a quo, que presidió la sesión del juicio del 24 de mayo de 2011, examinó la concreta información prenegocial que se ofreció a la señora Cristina y concluyó que la probanza indicaba que la iniciativa procedió de BANKINTER, que la demandante era un cliente de los que normalmente trabajan de esa entidad crediticia y que ésta tomó la iniciativa relacionando la contratación del clip con la revisión de la hipoteca que la cliente había suscrito con esa misma entidad crediticia un año antes y el Juez se formó convicción de que la general información, anterior a la conclusión del negocio, que Bankinter hizo llegar a la cliente fue la de que se trataba de una suerte de seguro frente a las subidas del referencial de las cuotas de su préstamo hipotecario, mas sin renunciar el cliente a los efectos de una bajada de tipos de interés en relación con la cuota del crédito hipotecario y que la información sobre la cancelación del producto y sus presupuestos y consecuencia fue deficiente como el conocimiento que al respecto exhibió el comercial que la presentó en el juicio.

Igualmente tuvo en consideración el Juez el importante dato de que las explicaciones sobre el funcionamiento del producto por referencia a los protocolos de su comercialización no los aportó al pleito la parte demandada a la que le incumbía en aplicación idónea y adecuada del apartado séptimo del artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil lo que impedía sopesar la calidad de la información se proporcionó al cliente.

En definitiva el Juzgador consideró que no hubo el adecuado asesoramiento ni una información precontractual transparente e íntegra para lo cual no bastaba con que el cliente leyera los términos de un contrato (que no se le dejó llevar a su casa para

analizarlo, según manifestó la cliente, y nadie desmintió en el juicio).

Respecto de las circunstancias concurrentes en el cliente, el Juez ponderó que la confianza que depositaba en el banco como clienta antigua, unida a la anterior contratación de un producto similar, precisamente daban lugar a una disminución del nivel de alerta y de crítica respecto del funcionamiento del instrumento financiero que se le volvía a ofrecer (curiosamente el anterior producto de "intercambio de cuotas" generó pérdidas hasta la última liquidación de cancelación que reportó un abono para el cliente, como dijo en el juicio el señor Dionisio sobre el minuto veintinueve de su grabación) y que su cualificación profesional y estudios no la situaban en una posición de mayor conocimientos que la media en relación con este tipo de producto altamente volátil.

Concretamente respecto a esa alegada experiencia de la actora por la contratación anterior del similar producto denominado de intercambio de tipos /cuotas suscrito el 14 de junio de 2007, el Juez consideró que no cabía entenderla como circunstancia enervadora del error que viciaba su consentimiento, habida cuenta de que no constaba cuál fue la información suministrada en esa ocasión ni sus vicisitudes, especialmente porque fue concertado también con la expareja de la actora que monopolizó la gestión y la actora se limitó a firmar, mas sin conocer su resultado en abonos o cargos. Por ello este antecedente no autoriza a presumir que la actora acudió a la concertación del nuevo producto que le ofreció Bankinter con una bagaje de suficiente conocimiento en la contratación de productos de esta naturaleza.

Corolario de todo lo anterior fue el de que el Juez de la primera instancia concluyó que BANKINTER no cumplió con las exigencias legales en relación con la actora como consumidora, a la que no informó de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato ni le informó que el producto ofertado se caracterizaba por su alto riesgo y aleatoriedad, dependiente de la evolución del mercado, y que, por su propia naturaleza, entraña operaciones complejas, y no tanto por las reglas de cálculo a aplicar sino por las variables que en ellas inciden, no suministrando, en definitiva, a la actora toda la información de que disponía en aras a salvaguardar los intereses del cliente con una información exhaustiva y precisa de los extremos del contrato.

Por ello el Juzgador estimó que se produjo un error en el consentimiento que resultó invencible porque a pesar de haber desplegado la debida diligencia la demandante no podría haber logrado una visión aquilatada del producto que contrataba por la escasa información que se le suministraba que era de carácter puramente comercial y genérica.

QUINTO

La apelante entidad BANKINTER alega, como motivo del recurso, que tratándose la apelada de una persona con conocimientos en derecho, licenciada, y que desplegaba servicios jurídicos para el Gobierno de Canarias, el Juez a quo rebaja de manera sustancial y equivocada los niveles de exigibilidad en la diligencia de la demandante a la hora de formalizar el contrato litigioso, siendo excepcional y restrictiva la posibilidad de apreciar error esencial en los contratos, y porque interpretó de manera indebida la prueba practicada en el juicio especialmente al otorgar menor credibilidad a la testifical del señor Laureano en fase post contractual y del comercial señor Dionisio cuya actitud fue impecable. Así la litigante y recurrente entidad BANKINTER aduce que la demandante había firmado con anterioridad un producto semejante y el contrato litigioso

constaba de seis hojas en cuyos párrafos se hablaba cinco veces que podían producirse liquidaciones negativas o cargos para el cliente y que es indiferente de quién partiera la iniciativa para contratar sino sui la actora comprendió el producto litigioso.

Añade la recurrente entidad BANKINTER que la imposibilidad de que el cliente no pudiera conocer el coste de cancelación no afecta esencialmente al contrato ya que el clip nacía con una vocación de duración determinada y porque es imposible determinar previamente el exacto precio que puede suponer la cancelación del producto dependiente del factor fluctuante como el Euribor, lo que según el cualificado criterio del Banco de España no es una mala práctica bancaria.

SEXTO

Como supra se anticipó, en nuestra anterior sentencia número 432-2011 dictada en el rollo de apelación número 647- 2011 versando sobre un contrato de fecha 29 de septiembre de 2008, producto denominado CLIP HIPOTECARIO ÓPTIMO 6.8 (Clip Hipotecario de tipo de interés) dijimos: (CUARTO.- Los demandantes han mantenido (expositivo fáctico 15º de su demanda) que el producto se lo "vendió" BANKINTER como un seguro y el comercial afirmó rotundamente que el cliente no podía perder nunca y que en la página Web de BANKINTER se ofrecía este producto con referencias a los términos "proteger", "mitigar el riesgo" y "cobertura" (ficha comercial). El Juez estimó que, el contrato CLIP HIPOTECARIO, no era un contrato de seguro, sino que se trataba de un contrato de Permuta Financiera, cuya finalidad es "obtener el efecto económico de reducción del riesgo de variación de su tipo de interés de referencia, en función de la estructura de pagos fijada" (folios 268 y 269, documento nº 09 del ramo prueba de la demandada o portal del cliente bancario de la Web del Banco de España; informe del Banco de España de fecha 23.11.2009 aportado como documento nº 12 de la demanda, folio 83 a 84) y que los actores incurrieron en un error esencial en el objeto del contrato, al creer que contrataban un seguro cuando lo realmente contratado era un contrato de Permuta Financiera. Añadió el Juez que en el presente caso, no resulta descabellada la creencia de los actores de que contrataban un seguro, pues esa afirmación era parcialmente correcta al habérselo presentado así empleado de la demandada que comercializó el producto, convicción a la que aludía el propio contrato, en su exponendo II al establecer: "Que las partes están interesadas en la contratación de un derivado financiero por el que el CLIENTE obtenga el efecto económico de reducción del riesgo de variación de su tipo de interés de referencia a través de un Clip Hipotecario, en función de la estructura de pagos fijada.". El Juez tuvo en cuenta también que el comportamiento de los actores no fue negligente sino que formularon varias peticiones a la demandada para cancelar el contrato, incluso con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor y que éste no era un contrato sencillo y comprensible fácilmente por personas que carecen de estudios económicos ó jurídicos, siendo don Tomás es policía Nacional y doña Danitza profesora de Inglés. Respaldó la anterior argumentación el Juez señalando el contrato CLIP HIPOTECARIO era incluso, de difícil interpretación por personas que poseen conocimientos financieros, como lo evidenció el mismo ejecutivo de banca personal, señor Dionisio , que comercializó el producto, el cual no supo calificar correctamente de qué tipo de contrato se trataba, y que se limitó a manifestar que no se trataba de un contrato de seguro, y que a preguntas del Juez manifestó que se trataba de un contrato de compraventa, mas sin poder aclarar cuál era y dónde aparecía el precio de esa supuesta compraventa. Corolario de todo lo anterior fue el de que el Juez

concluyó que no se podía exigir más diligencia a los actores, quienes confiando en su banco y en la labor comercial de don Dionisio, contrataron un producto financiero en la creencia que sólo les iba a suponer asegurar un máximo en la cuota del préstamo hipotecario que gravaba su vivienda familiar. No es difícil comprender como el consumidor o el cliente ordinario, no específicamente versado en contratación bancaria, ni poseedor de conceptos jurídicos claros, pueda llegar a confundir, por su grado cierto de complejidad, la permuta financiera vinculada a la cobertura del riesgo del interés de un préstamo hipotecario, como la genuina cobertura de un seguro. Así se lo ha planteado expresamente la propia Jefatura del servicio de reclamaciones del Banco de España, como consta al documento nº 19 del escrito de demanda. El consumidor expuesto a la propaganda de la entidad bancaria, que constantemente le decía, a través de su comercial, que se trataba de "otorgar cobertura" a la subida de tipos, de "minimizar el riesgo", de amortiguar el aumento de cuotas, es comprensible que interprete que el cambio del tipo del interés variable, que figura pactado en la póliza del préstamo hipotecario, por uno fijo, o mejor dicho por una "estructura de pago previamente fijada", que se le va a facilitar algún tipo de aseguramiento pues se le transmite y se le insiste en la idea de que la finalidad de contratar el producto es la de "garantizarle" el hecho de saber cuál va a ser el Euribor aplicable y "asegurándole" la "tranquilidad derivada de la estabilidad en virtud de dicha estructura fijada", expresiones, todas las anteriores de claras e inequívocas connotaciones de una situación de aseguramiento, las cuales hace suyas el propio Bankinter en sus alegaciones ante el Banco de España en virtud de la reclamación del actor (folios 66 a 82). En cierto como mantiene el apelante que si bien el contrato no es un seguro en sentido propio si bien la entidad bancaria en su información y en la literalidad del convenio (un ejemplar del cual no fue proporcionado al cliente para su lectura en la fase previa, sino como dijo el comercial que testificó en el juicio " el contrato no se lo suministró sino una vez que se iba a firmar", sobre el minuto 50:08, aproximadamente de su grabación, y luego manifestó que "no le hicieron test de idoneidad o conveniencia porque no era producto de inversión, sino cobertura de tipo de interés y no lo requiere, minuto 54:30) envuelve, reviste y rodea al producto de todas aquellas notas características de lo que comúnmente se busca e identifica con el aseguramiento (tranquilidad, no fluctuación no oscilación, estructuras fijas, disminuir el riesgo, cobertura), y cabe que, por defecto de información, se conduzca al cliente a una falta de representación consciente de la realidad y que ello justifique su error, y así dijimos en nuestra anterior sentencia nº 647-2011 que <<La . (actora) pensó que se ofertaba un producto de cobertura, un seguro, para protegerse de posibles subidas de tipos de interés cuando en realidad suscribía un contrato de altísimo riesgo. Vicio del consentimiento que determina la nulidad del contrato.>>. QUINTO.- La insuficiencia de la información facilitada, a la que acabamos de aludir y la valoración del error en conexión con la cláusula de cancelación anticipada, que ha constituido otro de los alegatos del escrito de demanda, se abordará a continuación. El análisis el contenido de las declaraciones del cliente (que fue interrogado entre los minutos 33:14 a 47:12 del juicio del nueve de diciembre de dos mil diez) no resulta ninguna de las conclusiones expuestas por la parte recurrente, al declarar que confió en las explicaciones del Banco y en el ejemplo de funcionamiento por lo que dedujo que garantizaba la estabilización de los tipos de interés y lo firmó en la propia oficina ["yo no llamé, ellos me llamaron diciendo que debido a la reciente subida del tipo de interés (3751), que el Banco quería ayudarlo a pagar la hipoteca como un servicio más de los que prestaba; que le pidieron que lo firmara sobre la marcha; se lo llevó a casa -la ficha-, lo estudió un poco" (3820);

"el comercial me explicó en principio (40:55) que si yo me quería ir, tenía que pagar al Banco, que se refería esa cláusula a que si yo tengo que pagar para irme le tengo que pagar al Banco la cuota de un mes de la mensualidad que me tiene que cargar, lo que me parecía correcto para cancelar el contrato, y con eso quedaba cancelado el contrato (41:10)]. La declaración de conocimiento de las características del producto en la página cinco del contrato (folio 48) no pasa de ser una cláusula de estilo que no supone una exoneración de la obligación de ofrecer información adecuada por el Banco.

Uno de los motivos por los que suele apreciar que el error es excusable acontece cuando la parte, no afectada por el error, estaba obligada legalmente a suministrar determinada información y no lo hace o lo hace de modo inadecuado. Pues bien, ha señalado ya en reiteradas ocasiones este Tribunal que aunque la mecánica del contrato es sencilla y fácil de explicar en su concepto, resulta que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, por lo que si en lugar de producirse una elevación de los tipos de interés de referencia (Euribor), lo que hubiese beneficiado a la demandante, se originaba una bajada, como ha sucedido, podía suponer graves perjuicios económicos para el cliente, siendo precisamente esto lo que denuncia la demanda, por falta de información adecuada de los riesgos de la operación, incurriendo, por tanto, en error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar el consentimiento. Hemos de compartir las razones recogidas en la resolución recurrida en la que sobre el dato incontrovertido de que el contrato litigioso no deja de ser una fórmula más de las llamadas permutas financieras o swaps, a pesar de que su denominación contractual fuese CLIP HIPOTECARIO, el Juez de Primera Instancia alcanza el convencimiento de que existió error en el consentimiento prestado. En esta segunda instancia, consideramos que correspondía al Banco demandado la obligación, conforme a las normas de distribución de la carga de la prueba contenidas en el art. 217 de la LE Civil, acreditar que proporcionó la información necesaria exigida legalmente en el sentido expuesto en anteriores fundamentos jurídicos, para que los clientes pudieran prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iban a contratar, como consumidores especialmente protegidos, sin que al respecto se haya logrado hacer una prueba que resulte convincente y creíble, siendo insuficiente la entrega de un folleto informativo (Doc. 3 de la demandada) y las explicaciones del comercial, de modo que se ha de concluir que el contrato se concertó sin que hubiese dado al cliente una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía el "swap" o clip hipotecario que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de tipos de interés, como, de hecho sucedió, para formar correctamente el consentimiento del actor, mucho más cuando el cliente debe ser calificada como consumidor, que en aplicación de la normativa relativa a los mercados financieros y protección de consumidores, recibe el máximo nivel de protección previsto, y no ha sido tratado con las prevenciones exigibles al máximo nivel de protección y cuando el banco por su propia estructura, en la fecha de contratación del producto ya sabía cual era la posible evolución de los tipos de intereses y no informó adecuadamente. En el juicio el comercial preguntado por ¿qué previsión había sobre evolución del Euribor? contestó que alcista porque el Banco no se va a tirar piedras sobre su propio tejado (54:12), cuando la bajada que realmente se produjo poquísimos después fue la que benefició al Banco en la operativa del producto que acababa de encajar al cliente. Consecuentemente con lo expuesto, al no haberse acreditado que se haya proporcionado por el Banco la información adecuada sobre el

contrato que se suscribía, no se puede considerar que la actora fuera consciente de lo que contrataba, provocando dicho déficit de información un error excusable, lo que a su vez motiva la nulidad del contrato por error en el consentimiento como acertadamente ha concluido el Juzgador de instancia. Esta conclusión no se ve afectada por el reconocimiento de la actora de que no leyó el contrato (al minuto 37:30, "no me leí el contrato"); pues aunque hubiera procedido a un examen detallado del mismo carecía de datos suficientes ofrecidos por la entidad bancaria sobre las características y funcionamiento del producto que estaba contratando. En lo concerniente a la cláusulas de cancelación debe decirse que analizando el contrato litigioso, llegamos a la conclusión de que, ciertamente y en este caso concreto, no existe un justo equilibrio de las contraprestaciones económicas de las partes lo que, lógicamente, supone un claro supuesto de error en la prestación del consentimiento. Así es, en la estipulación 6 se dice que, una vez transcurrido el periodo de comercialización, de tal modo que el Clip Hipotecario haya empezado desplegar sus efectos, el cliente podrá cancelar anticipadamente el producto y el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado. Mientras que en la estipulación 7 se establece que la entidad bancaria puede cancelar el contrato por, entre otros motivos, la variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base a la formalización de la operación de préstamo o al mantenimiento de su vigencia, la disminución de la solvencia patrimonial o financiera del cliente por cualquier causa, la interrupción, incluso parcial o temporal, de sus actividades, si se produce un riesgo de incumplimiento del contrato, etcétera. Así las cosas, es claro que en el contrato se indica que, transcurrido el periodo de comercialización, el cliente podrá cancelar anticipadamente el producto y que, el resultado económico de la cancelación, vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente. Es decir, que en el supuesto de que el cliente bancario decidiese optar por cancelar anticipadamente el contrato, se le penalizaría económicamente con referencias al resultado económico por las condiciones de mercado, pero sin que conste ninguna información sobre la forma de efectuarse el cálculo de tal decisión de cancelación o de realizarse la liquidación o, en definitiva, que coste económico va a traer para el cliente lo que, en realidad, supone una clara y evidente infracción de lo dispuesto en el [art. 1256 del CC](#). por cuanto se está dejando al arbitrio de una sola de las partes, en este caso de la entidad bancaria, la validez y el cumplimiento de una parte decisiva del contrato. En el presente caso reexaminado observase que en la sesión del juicio verbal el Juez (entre los minutos 55:15 a 55:22) preguntó al testigo que comercializó el producto ¿le informó Usted a este señor sobre la cancelación? y el señor Dionisio negó, moviendo su cabeza, y, cuestionado sobre la fórmula de la cancelación (55:50) ¿sabe dónde se encuentra?, contestó que "en un anexo (55:56), es decir, la fórmula yo no la sabía calcular en concreto porque a la hora de cancelar se hace una solicitud (nosotros no la hacemos a mano), "creo que en el contrato no aparece la fórmula de la cancelación (56:28)". Hemos, en definitiva, de concluir que la entidad bancaria recurrente no informó al cliente de forma precisa y correcta sobre las consecuencias de la cancelación anticipada, utilizando una cláusula para ello de muy difícil explicación para el cliente al no proporcionarle datos objetivos informativos necesarios para poder comprender las consecuencias económicas negativas que tendría en el supuesto de hacer uso de dicha facultad de cancelación, y ello con independencia del contenido de la estipulación 6 referida al periodo de comercialización. Por el contrario, si es el banco quien decide

cancelar el contrato de forma anticipada el tratamiento fijado en el contrato es totalmente distinto que el establecido para el supuesto de cancelación por parte de los clientes bancarios, puesto que en el contrato sólo se indica que, en ese caso, se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente en función de las condiciones existentes en el mercado de tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución. Ello significa literalmente una clara falta de equivalencia entre las contraprestaciones económicas de las partes y una evidente falta de buena fe contractual. Por lo demás, y respecto a la condición de cancelación ya hemos señalado en muestras anteriores sentencias recaída en el Rollo nº 198/2011) y en la sentencia nº 361-2012 que <<"Esta Sala, considera, contrariamente, que las transcritas cláusulas de vencimiento anticipado resultan manifiestamente oscuras en orden a la determinación del "precio de liquidación" al fijar tan sólo dos parámetros: el importe nocional (conocido por resultar de los propios contratos) y "la situación o condiciones de mercado", concepto absolutamente genérico e indeterminado que imposibilita cualquier cálculo previo salvo, lógicamente, el que derive de la propia voluntad de la entidad demandada, lo cual no resulta aceptable al no poder quedar el cumplimiento de las obligaciones contractuales al arbitrio de una sola de las partes contratantes. Por ello consideramos que tal "precio de cancelación" ni es determinado ni resulta determinable. - En relación a dicho concepto indeterminado la AP Barcelona, sec. 15ª, en Sentencia de 22 de marzo de 2012 (nº 116/2012, rec. 253/2011) analizando una cláusula prácticamente idéntica razonó que: «Bankinter sostiene que la estipulación cuestionada es muy clara y no le falta algo de razón, pues en su redacción es clara. Otra cosa es que lo sea en su contenido, lo que exigiría, tratándose de una condición sobre resolución del contrato en la que aparentemente se reconoce el derecho de desistimiento unilateral de una de las partes (el adherente), que de su redacción se derivaran las condiciones efectivas en las que esa desvinculación se puede producir. Lo que sugiere su lectura no es precisamente que exista claridad en ese punto sino todo lo contrario, que el precio será el que estime conveniente una de las partes. La referencia a la "situación del mercado" no consigue enmascarar esa realidad pues no se especifica a qué concretas situaciones de mercado se refiere la cláusula ni qué variables se podrán tomar en consideración. Todo queda en una completa indeterminación que únicamente una de las partes está en condiciones de llenar»." En consonancia, en dicha resolución acordamos que "no pudiéndose venir en conocimiento de qué importe concreto y determinado debiera satisfacer la actora en caso de optar en determinada fecha por su derecho a la cancelación anticipada, provoca (sin necesidad de acudir a la legislación protectora de los consumidores y usuarios) la nulidad de las mismas, no pudiendo estarse a la propuesta que unilateralmente efectúe la demandada (que impuso la cláusula oscura cuya interpretación en modo alguno podría favorecerla; [art. 1.288](#) del Código Civil)" y, posteriormente razonar que "que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado provoca la nulidad integral del contrato en que se inserta".>>. . . . Lo decisivo era en cualquier caso a conocer el riesgo efectivo que se contraía antes de firmar y la corrección por la entidad bancaria de la información ofrecida de forma precontractual, especialmente si el producto que se contrataba no era por sí mismo de fácil comprensión y cuando por su contenido y naturaleza era un "contrato de adhesión", redactado de forma unilateral, y entre las partes contratantes no concurría igualdad de condiciones en orden a predecir y valorar la evolución del mercado financiero; el Banco como contraparte asume un papel contrapuesto a los intereses del cliente de manera que siendo aquél la parte vendedora del producto financiero y también potencial parte

beneficiada se le exige una especial diligencia en aportar información completa, veraz y exhaustiva al cliente comprador del producto, lo que como se ha motivado no concurre en este caso lo cual implica la desestimación del recurso de apelación.).

SÉPTIMO

En el caso aquí reexaminado son de traer a colación, *mutatis mutandis*, las consideraciones jurídicas vertidas en nuestras resoluciones precedentes, arriba transcritas, dada su identidad de razón con el caso que hoy no ocupa.

Los defectos generales y particulares de información los ha expuesto pormenorizadamente el Juez y el apelante insiste en que cualquiera que sean las deficiencias de que adoleciera esa información, el cliente, que era licenciada en derecho y trabajaba para la Administración autonómica, conocía perfectamente la mecánica, naturaleza y riesgos del producto por haber contratado uno similar anterior o intercambio de tipos/cuotas y era una consumidora con conocimientos sobre coberturas hipotecarias.

Precisamente es de destacar que la entidad BANKINTER no aportó todas las liquidaciones del producto anterior, sino las cuatro (folios 179 a 183) correspondientes al periodo de agosto a diciembre de 2007, y significativamente este producto -al que el Servicio de reclamaciones del Banco de España (documento 19 de la demanda, folios 79 a 80) que califica al "producto de intercambio" que es un producto que cubre de forma más perfecta el riesgo de tipo de interés del préstamo hipotecario del contratante- resulta cancelado cuando origina una anotación favorable al cliente, según manifestó el comercial en el juicio. La demandante es licenciada en derecho y trabaja como personal contratado por al Consejería de Medio Ambiente del Gobierno de Canarias y no en materia de contratación, por lo que no se le pueden presuponer conocimientos especificaos ni especializados en productos bancarios especulativos.

La jurisprudencia tiene establecido (Sentencia de 21 de noviembre de 2012) que "en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba," y en el presente caso el Juzgador, y nosotros coincidimos con él, ha dado por probado que el producto "se le vendió" al cliente para producir los efectos de asegurarle frente a subidas del euribor que repercutieran desfavorablemente en el tipo de interés del préstamo hipotecario sin renunciar a las bajadas y ello lo confirmaron los testigos del banco quienes en el juicio no se cansaron de repetir que se lo ofrecieron para eliminar incertidumbres o el riesgo (Laureano sobre el minuto 43:30; la auditora cubrimos riesgos, diseñamos coberturas, generamos certezas y eliminamos incertidumbres entre el minuto 47:45 y el 56:50) en las subidas de tipo de interés, de modo que para el cliente se erigía en móvil, y sin embargo, la prueba ha revelado que la contrapartida de no beneficiarse el cliente de las bajadas no fue objeto de una información igual de clara y precisa, serio déficit que no se podía salvar o superar con la diligencia que le era exigible al antiguo cliente del la entidad bancaria que naturalmente confiaba en los que le sirvieron el producto - cuyo ejemplar no le permitieron llevar a su domicilio para examinarlo- ni hay rastro en las actuaciones de los documento explicativos con ejemplos de resultados en liquidaciones tanto positivas como negativas ni asomo o de explicación de los diversos escenarios en que podría encontrarse el cliente (la actora) a lo largo de la vida del producto.

La utilización de tales expresiones términos (cobertura del tipo de interés) induce, claramente, a un supuesto de aseguramiento del riesgo ante subidas de tipo de interés y

por ello no es de extrañar que la señora Cristina a entendiera que se trataba de un simple aseguramiento sin las consecuencias, no explicadas (no existe prueba de ello), de pérdidas patrimoniales a través de dicho 'aseguramiento' o 'cobertura'.

En definitiva tras el preexamen de la probanza desplegada este Tribunal alcanza (y comparte con el Juez a quo) la íntima convicción de que, de haber sido debidamente informado la cliente con el plazo de tiempo necesario para emitir un consentimiento consciente y no viciado, facilitando que se llevara a casa un ejemplar del contrato, la señora Cristina no hubiera suscrito el contrato litigioso, lo que hizo por la consideración errónea de que era un modo de asegurarse tan sólo contra las futuras subidas de tipos de interés, por tanto de un producto financiero que le favorecía, al darle cobertura sobre la elevación de los tipos de interés, y sin representarse, en modo alguno, que le pudiera agravar, en forma tan desproporcionada, su posición contractual.

OCTAVO

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, supra mencionada, de fecha 21 de noviembre de 2012 (nº 683/2012, rec. 1729/2010) en relación a las "consideraciones generales sobre el error vicio" razonó que: «Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata "(ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. II. Dispone el [artículo 1266 del Código Civil](#) que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de

propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida». Con los anteriores razonamientos jurídicos, valorados los medios de prueba admitidos y practicados, la Sala concluye que hubo error esencial en el objeto del contrato litigioso debida a la ausencia de información que necesariamente debía prestar la entidad demandada a su cliente minorista, como posteriormente se dirá. Y es que, como dice la Sentencia de la AP A Coruña de 18 de enero de 2013, (nº 12/2013, rec. 630/2012) «Ahora bien, la determinación de la excusabilidad del error se encuentra igualmente anudada al comportamiento contractual de la contraparte, lo que puede dar lugar a estas tres situaciones, en las que cabe calificar dicho vicio de consentimiento como disculpable y por lo tanto no imputable a quien lo padeció: Primera, cuando el error es provocado por hecho propio del otro contratante o por la concurrencia de dolo por su parte; segundo, cuando quien no actuó con tal vicio del consentimiento conocía o pudo fácilmente conocer que el otro contratante actuaba equivocadamente, en cuyo caso el comportamiento civiliter exigía rescatarle de la situación en que se encontraba, conforme a elementales deberes de buena fe ([art. 1258](#) del CC); o tercero, cuando estaba legalmente obligada a suministrarle determinada información y no lo hace o se la presta de forma inadecuada, al margen de las exigencias requeridas, provocando con ello el error de la contraparte, caso concreto en el que nos encontramos. En efecto, para medir la excusabilidad del error el Tribunal Supremo no se fija únicamente en el contratante que lo sufrió, sino también en el comportamiento contractual de la contraparte. En este sentido, la STS de 4 de enero de 1982 , cuya doctrina es seguida por la de 22 de mayo de 2006 , señala "valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258) pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar", por eso la STS

de 14 de febrero de 1994 exige tener en cuenta "la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta". Se alude a un deber de advertir que, en este caso, está tipificado por parte de la entidad bancaria en la legislación tuitiva antes reseñada. La STS 26 de septiembre de 1996 aprecia el error inducido por la conducta de la contraparte "que no es necesario que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos". Otras SSTS también consideraron excusable el error, cuando quien lo padece no es un profesional experto (SSTS de 4 de enero de 1982, 14 y 18 de febrero de 1994, 1 de julio de 1995 entre otras), máxime dada la complejidad de los contratos que nos ocupan. Se aprecia, en definitiva, error excusable en casos en los que existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte o cuando se ha inducido de alguna forma a error a quien impugna el contrato (SSTS de 14 de junio de 1943, 26 de octubre de 1981, 23 de noviembre de 1989, 14 de febrero de 1993, 14 de febrero de 1994, 18 de febrero de 1994, 28 de septiembre de 1996 y 6 de febrero de 1998). Pues bien, en este concreto caso, existe una indiscutible asimetría en la posición de las partes. Hubo un evidente déficit de información. Se ofreció al actor un producto, en unas concretas condiciones, en que era inidóneo para la finalidad que se le indicó, cual era garantizarle de la subida del tipo de interés pactado. No se le explicaron los riesgos reales que asumía, tampoco con tiempo suficiente para madurar un consentimiento consciente y no viciado por el error efectivamente padecido. No se le realizaron simulaciones. En definitiva, firmó el contrato con una voluntad erróneamente formada, (...). Al respecto debe tenerse igualmente en cuenta, como nos ilustra la Sentencia de la AP A Coruña, sec. 4ª, de 21 de enero de 2013 (nº 17/2013, rec. 158/2012), que «en el ámbito de la contratación bancaria, y, en general, con las entidades financieras, la importancia de la negociación previa y de la fase precontractual alcanza especial intensidad, exigiéndose un plus de atención y diligencia por parte de la entidad que comercializa los productos financieros al informar al cliente, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente. Los contratantes han de recibir toda la información necesaria para tomar conciencia de lo que significa el contrato y su alcance, de los derechos y obligaciones derivados del mismo, y valorar su interés en el mismo. Lo que ha motivado que se hayan establecido códigos y normas de conducta para dotar de claridad y transparencia las operaciones que se realizan. - La [Ley 24/1988, de 28 de julio](#), de Mercado de Valores declara en su artículo 2b) incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con tipos de interés. El artículo 78.1 en su redacción anterior a la reforma introducida por [Ley 47/2007, de 19 de diciembre](#), establece que las entidades de crédito debían respetar las siguientes normas de conducta: "a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título; b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el párrafo a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta. Seguidamente en el artículo 79.1 establece que "(...) deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado (...) c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios (...) e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados". - En desarrollo de estas previsiones legislativas, el [R.D.](#)

[629/1993, de 3 de mayo](#), sobre normas de actuación en los mercados de valores (derogado por R.D. 217/08, de 11 de noviembre), establecía en su anexo un "Código General de conducta de los mercados de valores", integrado por sus artículos 1 a 7. Se establecía en el artículo 4.1 : "Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer". Sobre la obligación de información se establece en el artículo 5: "1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"».

Como quiera que, conforme a lo anteriormente razonado, no existe prueba en autos suficientemente demostrativa a juicio de la Sala de que la entidad demandada prestara la debida y correcta información sobre el producto financiero contratado tal falta de información provocó un vicio de consentimiento (por error esencial) que determina la anulación del negocio con la consiguiente reposición de las prestaciones en el importe solicitado tal y como se fallara la sentencia de primera instancia.

ÚLTIMO.- Al desestimarse el recurso de apelación formulado por "BANKINTER, S.A.", procede imponer a la parte apelante las costas causadas en esta alzada por su sustanciación de acuerdo con lo previsto en el [art. 398.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), declarando la pérdida del depósito constituido de acuerdo con [disposición adicional decimoquinta](#) de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y las resoluciones de las Audiencias Provinciales, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de León nº 183 y nº 319 de 2012 , la de Salamanca nº 524/2011 ,

FALLO

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad mercantil "BANKINTER, S.A." contra la sentencia número 115/2011, de veinticinco de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria , en los autos de juicio ordinario nº 600/2010, confirmando dicha resolución, con expresa imposición de costas a dicha parte apelante y declarando la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino correspondiente.

Llévese certificación de la presente Sentencia al rollo de esta Sala y a los autos de su razón y notifíquese a las partes haciéndolas saber que contra la misma podrá interponerse recurso de casación exclusivamente por interés casacional ([art. 4772.3º LEC](#)), al haberse seguido el procedimiento por razón de la materia y/o por cuantía

inferior a 600.000,00 € y, en su caso, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal (por los motivos dispuestos en el [art. 469](#) LEC). Deberá interponerse ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de esta sentencia, y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, debiéndose cumplir los requisitos previstos en el Capítulo IV -en relación con la Disposición Final decimosexta- y en el Capítulo V del Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Al tiempo de interponerse será precisa, bajo perjuicio de no darse trámite, la constitución de un depósito de cincuenta euros, por cada uno de los recursos interpuestos, debiéndose consignar en la oportuna entidad de crédito y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta a nombre de este Tribunal, lo que deberá ser acreditado.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de
Murcia, núm. 355/2011 de 14 de diciembre.
(AC\2011\2364).

Audiencia Provincial

de Murcia (Sección 5ª) Sentencia num. 355/2011 de 14 diciembre

[AC\2011\2364](#)



CONTRATOS BANCARIOS: «swap»: nulidad: procedencia: producto ventajoso sólo para la entidad bancaria: ausencia de información adecuada de las consecuencias negativas que tendría para el cliente una posible bajada de los tipos de interés: error invalidante. **FACTOR NOTORIO:** inexistencia.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación 361/2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares

La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cartagena **declara no haber lugar** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la Sentencia, de fecha 18-03-2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de dicha localidad en juicio ordinario.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00355/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION QUINTA (CARTAGENA)

ROLLO DE APELACION Nº 361/2011

JUICIO ORDINARIO Nº 397/2010

JUZGADO DE 1ª. INSTANCIA Nº TRES DE CARTAGENA

SENTENCIA NUM. 355

Ilmos. Sres.

D. José Manuel Nicolás Manzanares

Presidente

D. Matías M. Soria Fernández Mayoralas

D. José Joaquín Hervás Ortiz

Magistrados

En la ciudad de Cartagena, a catorce de Diciembre de dos mil once.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena,

integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario número 397/2010 -Rollo 361/2011-, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Cartagena, entre las partes: como actora la mercantil AGRÍCOLA MIRAMAR, S.L., representada por el Procurador Don Vicente Lozano Segado y dirigida por el Letrado Don Francisco Nieto Olivares; y como demandada la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por el Procurador Don Alejandro Juan Lozano Conesa y dirigida por el Letrado Don Miguel Zamorano Balsameda. En esta alzada actúa como apelante la demandada y como apelada la demandante. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don José Manuel Nicolás Manzanares, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Cartagena en los referidos autos, tramitados con el número 397/2010, se dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2011 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimar la demanda formulada por el Procurador D. Vicente Lozano Segado, en nombre y representación de AGRÍCOLA MIRAMAR, S.L, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. representada por el Procurador D. Alejandro Lozano Conesa, en su virtud se declara la nulidad del documento de confirmación de swap de fecha 30 de mayo de 2008, condenando a la citada demandada a la devolución de las cantidades pagadas por la actora hasta la fecha de la demandada ascendentes a VEINTINUEVE MIL QUINCE EUROS CON TREINTA Y SIETE CENTIMOS (29.015,37 euros), más las cantidades que se pudieran ir cargando en lo sucesivo por la demandada como consecuencia del contrato, todo ello con los intereses legales correspondientes desde la fecha de cargo en cuenta, así como al abono de las costas del presente procedimiento".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se preparó recurso de apelación por la parte demandada, que, una vez admitido a trámite, interpuso en tiempo y forma, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a la parte demandante, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dentro de cuyo término, presentó escrito de oposición al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia, con expresa condena en costas a la contraparte. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número 361/2011, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 29 de noviembre de 2011 su votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Frente a la sentencia de instancia, que estima la demanda formulada por la representación procesal de la mercantil AGRICOLA MIRAMAR, S.L., y, en los términos

de su "Fallo" transcrito, declara la nulidad del documento de confirmación de swap de fecha 30 de mayo de 2008, al considerar que el producto fue contratado por la entidad demandada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA) con quien no era representante de la actora ni factor notorio, Don Julián , y que, en cualquier caso, aun cuando se entendiera lo contrario, la entidad financiera, al contratar, no cumplió con su obligación de informar a la clienta, dando lugar en un error invalidante del contrato; interpone recurso de apelación dicha demandada alegando, en síntesis, que el Sr. Julián sí ha de ser considerado factor notorio de la actora; que informó correctamente a ésta sobre todas las cuestiones relacionadas con el swap contratado; que no existe el error de la actora invalidante del contrato y que ésta actúa contra sus propios actos.

SEGUNDO

Pues bien, por lo que se refiere a la cuestión relativa a la condición de factor notorio de Don Julián , no yerra la Juzgadora de instancia cuando concluye en su sentencia afirmando que "si bien es cierto, como así es admitido por la actora, que el Sr. Julián realiza y ha realizado numerosas gestiones de mero trámite y papeleo para la mercantil actora, también es más cierto que ello no conlleva que tenga poder de representación para contratar en nombre de la mercantil, y aún en el caso de que por el mismo, dada su situación actual, jubilado, llevara a cabo gestiones de la empresa familiar, ello no determina esa presunta representación y poder que se le quiere atribuir, no consta que el mismo actuara como tal, ostentando dichos cargos sus hijos, por ello no es posible estimar las alegaciones de la demandada de que actuaba como factor notorio"; y que "es claro e inequívoco que no puede considerarse que el Sr. Julián actuare como factor notorio de la mercantil, máxime tratándose de una operación de dicha envergadura, añadiendo a ello que para otras operaciones financieras realizadas con la demandada se han exigido una serie de formalidades, tales como intervención notarial, unidad de acto, presencia de todos los firmantes, etc.".

Esas conclusiones objetivamente se corresponden con los resultados de las pruebas practicadas. Con el mantenimiento de la conclusión contraria, esto es, que el Sr. Julián es factor notorio, lo que realmente pretende la apelante, valorando las pruebas practicadas de manera subjetiva y parcial, es sustituir con su criterio las conclusiones más ponderadas de la juzgadora de instancia.

La prueba practicada si algo permite sostener es lo que, en definitiva, vienen a mantener Don Rogelio , administrador único de la mercantil demandante, en la prueba de interrogatorio; su hermano Don Miguel Ángel, apoderado de mercantil, y el propio Don Julián , en la prueba testifical, como es que éste, ya jubilado y padre de aquellos dos, a instancia de éstos hacía una labor de mero "recadero", tal y como se afirma en el escrito de oposición al recurso de apelación.

En el apuntado sentido llama poderosamente la atención que en el recurso se traiga a colación que tanto el Sr. Julián como su hijo Don Miguel Ángel admitieran que entre las gestiones usuales o atribuciones del primero estuviera la de pedir préstamos, "como de hecho así lo hizo con el préstamo concertado por MIRAMAR por 300.000 €" -se dice textualmente en el escrito de interposición-. Y llama la atención no sólo porque lo que sostiene Don Miguel Ángel es que su padre fue la toma de contacto para el préstamo y el Sr. Julián que, buscando la forma de conseguir a sus hijos financiación para el cambio del arbolado de una finca (la mercantil tiene por objeto la explotación agrícola), acudió al Banco para tratar la ampliación de una hipoteca personal y fue entonces cuando la

misma entidad consideró que lo más adecuado era un préstamo en el que la mercantil fuera la prestataria y él su fiador personal; sino porque, precisamente, la suscripción de ese préstamo por la entidad financiera y la mercantil, representada por Don Rogelio -su administrador- evidencia que aquélla sabía perfectamente que el Sr. Julián no ostentaba la representación que se le atribuye, que no era factor notorio. Incluso en el interrogatorio del representante de la ahora apelante, Don Jesús Manuel , éste dice que en la tramitación de ese préstamo se tardaron unos 15 ó 20 días, que para su concesión se pidió documentación de la mercantil, tal como poderes, estatutos y cuentas de la sociedad, y que, en virtud de esa documentación sabía que el legal representante de AGRÍCOLA MIRAMAR, S.L., era Don Rogelio . Y no olvidemos que esa póliza de préstamo, intervenida por Notario, fue suscrita el 19 de mayo de 2008.

Obviamente, de acuerdo con lo expuesto, datos como que el Sr. Julián figure como autorizado en la cuenta de la sociedad o la suscripción por el mismo del contrato litigioso (más aun en las circunstancias que se produjo y que, como ahora se verá, han de llevar a la desestimación del resto de los motivos del recurso) no permiten sostener conclusión distinta a la mantenida por la resolución apelada.

Ahondando en aquellas consideraciones y las que efectúa la Juzgadora "a quo", no está de más recordar que al factor notorio se le reputa investido de un poder general, aun cuando estrictamente referido en el aspecto objetivo a las operaciones relativas al giro o tráfico del establecimiento, que es donde opera la defensa de los terceros de buena fe, pues constituye regla emanada de la buena fe en su manifestación objetiva aquella que supone proteger la confianza en la apariencia, si es que se considera fundada y el protegido es un tercero diligente desconocedor de la realidad, considerando que una de las principales manifestaciones de esta regla se encuentra en la necesidad jurídica de dar adecuada protección a terceros que contrataron con buena fe con un representante aparente, ante una posible inexistencia de poder o extralimitación opuesta por el "dominus" siempre que aquel, con sus actos positivos o negativos, hubiera creado dicha apariencia de representación, incluidos los casos en que el poder no estuviese inscrito en el Registro Mercantil ([SSTS de 19 de junio de 1981](#) y [4 de junio de 1991](#) , entre otras). Se trata en definitiva de proteger la confianza en la apariencia cuando el protegido sea un tercero diligente que, en aquellas condiciones, contrata de buena fe con un representante aparente; y en este caso, cuando el día 16 de mayo de 2008 un empleado del Banco, Don Bartolomé , llama por teléfono al Sr. Julián y confirma con éste el contrato objeto de litigio y cuando en fecha 30 de mayo de 2008 es suscrito, también por el Sr. Julián , el documento de confirmación de Swap, la entidad BBVA no sólo podía, con una mínima diligencia, tener conocimiento de la realidad, de que el legal representante de AGRÍCOLA MIRAMAR, S.L., y quien podía contratar en nombre de ésta era Don Rogelio , sino que conocía esta realidad.

TERCERO

Pero es que, aun situados en la hipótesis de que el Sr. Julián "actuó y contrató con el consentimiento y conocimiento de la mercantil actora", como hace la Juzgadora de instancia, del examen de lo actuado en la instancia, la Sala alcanza idénticas conclusiones a las reflejadas en la sentencia apelada y conducen a la estimación de la demanda.

Al hilo del alegato que se hace en el escrito de interposición del recurso de "desconocimiento del producto objeto de la presente litis por parte de la Juzgadora de

instancia" y su "incapacidad para resolver por tanto el mismo", dicho, según la apelante, "desde el máximo respeto", consideramos oportuno traer a colación la [sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 4ª, de 21 de septiembre de 2011](#) (nº 308/2011, rec. 291/2011), en cuanto que, con cita de la sentencia de la Sección 3ª de la misma Audiencia Provincial de 2 de mayo del mismo año, además de recordar a la gran litigiosidad que, por la evolución de los mercados, ha generado el contrato de permuta financiera, alude al origen de esa litigiosidad y a la complejidad del mercado financiero. Destaca esa sentencia que:

"... en menos de un par de años un contrato bancario sólo conocido en España por sectores muy concretos de la doctrina mercantilista, altamente especializada en Derecho bancario transnacional de origen internacional y con nula praxis jurisprudencial, ha pasado a presentar un nivel de litigiosidad desconocido y a convertirse en la estrella de los contenciosos en materia de Derecho bancario... a tal circunstancia han coadyuvado varios factores, que han venido a constituir un cóctel perfecto que ha avivado las llamas de tal litigiosidad: En primer lugar, una exitosa política comercial de las entidades financieras españolas, que, sin un sólo anuncio en ningún medio de comunicación, con motivo del incremento de los tipos de interés experimentados en el mercado crediticio en general y en el mercado hipotecario en particular, a partir del año 2006, hicieron ver a un importante sector de su clientela que les convenía concertar contratos que les permitiesen intentar atemperar el impacto en sus economías, ya domésticas ya empresariales, de esa entonces parecía que imparable ascensión de los tipos de interés (...) En segundo, lugar, el también brusco descenso experimentado por los mismos tipos de interés en un también breve espacio de tiempo, que incidió en que los mismos alcanzasen mínimos históricos hasta ese momento desconocidos en la práctica bancaria española. En tercer lugar, la crisis financiera y económica internacional y nacional desencadenada al final del verano de 2008... y gestada prácticamente al mismo tiempo en que el euríbor había experimentado su escalada".

Y también que:

"El contrato de permuta financiera se engloba además en lo que la doctrina mercantil plantea como el resultado de una contratación tan singular como es la financiera. La contratación en el mercado financiero es una contratación compleja, con un elevado nivel técnico, que para su comprensión por el inversor exige la posesión de conocimientos o experiencia previos. Las entidades financieras se encuentran, por lo general, en una situación de superioridad frente a sus clientes, dado que disponen de mayor información para gestionar sus intereses en este mercado y también para asesorar o recomendar a los clientes la contratación de unos u otros productos financieros. Los clientes, por otro lado, confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación, por lo general, duradera, lo que conlleva que el cliente medio se fíe de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, sin confirmar la cualificación profesional del empleado, y sin consultar otras fuentes externas antes de proceder a la contratación sugerida o recomendada. Profesionalidad y confianza son, por lo tanto, dos elementos característicos de la relación de clientela en el mercado financiero, lo que conlleva a su vez la exigencia de un estricto deber de información".

Así, pues, "contrato bancario sólo conocido en España por sectores muy concretos de la doctrina mercantilista" y con "nula praxis jurisprudencial"; "exitosa política comercial de las entidades financieras"; "contratación compleja, con un elevado nivel técnico, que para su comprensión por el inversor exige la posesión de conocimientos o experiencia

previos"; clientes que "confían en la entidad financiera" y "exigencia de un estricto deber de información".

Lo anterior se expone a modo de introducción para comprender mejor, por un lado, que la Juzgadora de instancia no sólo no está incapacitada para resolver el asunto, sino que, en su sentencia, lo resuelve con indudable acierto, y, por otro, la actuación dolosa, con abuso de confianza, de la entidad demandada que denuncia la apelada, que, aun en la hipótesis -no aceptada- de que lo contratado por el Sr. Julián la obligara, se habría visto embaucada por una deficiente información a la contratación de un producto que se presentaba como ventajoso para ella y que, sin embargo, resultó ser especialmente ventajoso para la entidad bancaria; a la contratación de un producto con el que no se pretendía tanto proteger a la mercantil actora de la subida de los tipos de interés como protegerse la entidad bancaria de la posible y probable bajada de los tipos de interés, que, sin duda, ella barajaba.

Como punto de partida del desarrollo argumentativo se ha de dejar sentado que la mercantil AGRICOLA MIRAMAR, S.L., es una sociedad familiar dedicada a la explotación agraria, de la que son partícipes los dos referidos hermanos y su padre (éste con un 28 % de las participaciones), y de los tres, Don Rogelio carece de estudios superiores y su actividad se centra en la labor agrícola, Don Miguel Ángel, encargado de las cuentas o aspectos financieros de la sociedad, es funcionario (Policía Local) y el padre, el Sr. Julián, sin formación académica, se ha dedicado hasta su jubilación a la agricultura. Es decir, nos encontramos ante una sociedad de responsabilidad limitada integrada por personas con los mismos conocimientos que tiene cualquier consumidor de los usos y del sector bancario.

Sentado lo anterior, volviendo a la sentencia apelada, cuando en ésta se comenta el R.D. 317/2008, de 15 de febrero(sic), y la [Ley del Mercado de Valores](#) (con la referencia a la "obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil", objeto de dura crítica en el recurso, en el que se llega a decir que parece que esa consideración se corresponda a otro asunto), lo hace para hacer hincapié en que "La tendencia del legislador en los últimos tiempos ha sido cada vez más proteccionista de la clientela y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras".

A partir de ello, pasa a analizar si en el caso concreto ha existido información adecuada a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio; y, a la vista de la prueba practicada, la respuesta negativa y la conclusión de que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato, por su acierto, ha de ser refrendado en esta alzada, ya que:

A) En el contrato de permuta, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa (v. [Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, de 13 de octubre de 2011 -nº 464/2011-](#), rec. 100/2011-). Como dice la resolución apelada, "podemos afirmar que el contrato o documento de confirmación suscrito, es complejo y especulativo,

susceptible de generar beneficios o pérdidas para ambas partes...". Examinado el documento de "confirmación de swap", si de entrada ya llama la atención que se comience diciendo que "Además, por la presente se acuerda hacer todo lo posible para negociar y firmar un Contrato Marco de Operaciones Financieras en la forma publicada por la Asociación Española de Banca Privada (AEB) con las modificaciones que de buena fe acordamos", posteriormente se habla de "Tipo Variable I" y con referencia al mismo que "Para el primer Trimestre: 4 %" y "Para el resto de Trimestre" se introduce la fórmula "MIN [(Tipo del Trimestre Anterior + 3% n/N); 6,7%]", "Donde n/N es el porcentaje de día en que el EURIBOR 3M está fuera del Rango", "Rango: [3,40%-5.35%]", con referencias a ACT/360, que se repite en "Base de Liquidación del Tipo Variable II", en el que también se hace alusión a "TARGET para fijaciones y para pagos". Es claro que, además de tratarse de un producto complejo y especulativo, su comportamiento y riesgos solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero. Nada ha de sorprender que el mismo Letrado de la ahora apelante, en la vista del juicio, dijera "a ver si somos capaces de explicar el producto".

B) No aparece en el contrato una información adecuada sobre el riesgo que comporta una evolución a la baja del tipo de interés variable referencial, y no sólo eso, sino que contiene cláusulas propias de una posición de igualdad de cliente y entidad financiera -evidentemente no real-, en cuanto que refieren que "Las Pares declaran que son capaces de valorar la conveniencia e idoneidad de la Operación (bien por sí mismos o a través de asesores financieros internos o externos ajenos a las Partes) y declaran conocer, entender, valorar y aceptar los términos y condiciones de la misma, así como sus riesgos"; o que "Las partes declaran que actúan por cuenta propia, y que para celebrar la Operación han realizado sus propias decisiones, estimaciones y cálculo de riesgos, así como el análisis pertinente para determinar si la Operación es apropiada para ella en función de su propio juicio y el de sus asesores...", añadiendo incluso que "Cada una de las Partes declara que no se basa en comunicación alguna (verbal o escrita) de la otra Parte como asesoramiento financiero, ni ha sido asesorada por la otra Parte sobre las ventajas o conveniencia de realizar cualquiera de las condiciones de la Operación". Esto enlaza perfectamente con la afirmación que se hace en la sentencia de instancia de que "Si el banco lo explica correcta y adecuadamente y realiza los tests de conveniencia e idoneidad, así como los riesgos y los cuantifica no es un instrumento especulativo, si no es así, sí es especulativo al ser un instrumento de especialista que se utilizó para las grandes empresas y se comercializó a las pymes y consumidores".

C) El producto, cuya contratación fue inicialmente confirmada por la ya referida llamada telefónica que tuvo lugar el 16 de mayo de 2008, fue ofertado por el director de la oficina principal de la entidad BBVA en Cartagena, el Sr. Jesús Manuel , que en la prueba de interrogatorio lo denomina "producto de cobertura de tipos"; y es claro que tal oferta aparece vinculada o relacionada con el préstamo de los 300.000 € negociado y concedido por entonces y formalizado en la póliza suscrita el 19 de mayo de 2008.

Pues bien, el Sr. Julián consideraba al Sr. Jesús Manuel como un amigo (al que incluso invitaba a comer) por lo que es comprensible que confiara en sus recomendaciones; pero, sin embargo, como en otros casos (vgr. el contemplado por aquella sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias), se ofertó dicho producto coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce al cliente, y se oferta cuando la crisis

ya había asomado y una de las medidas para combatirla fue una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que ha visto como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para la actora), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos que han generado la deuda importante con cargo a la demandante, especialmente dado el periodo de duración el contrato (de 16 de mayo de 2008 a 30 de mayo de 2011, que corresponde a un periodo de progresiva y franca bajada de los tipos, salvo una mínima fase inicial alcista); y es indudable que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no la actora, cuyos partícipes y representante legal carecen de conocimientos suficientes para advertir prima facie, y sin información adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado.

Resulta patente que para quien realmente resultaba ventajoso el producto era para la entidad BBVA, para la que prestaba sus servicios el Sr. Jesús Manuel y la representaba. Y lo que dice éste en la prueba de interrogatorio es que personalmente informó sobre el producto con la base de un folleto informativo. Desde luego tal supuesta información no tiene más apoyo que la palabra del Sr. Jesús Manuel en la prueba de interrogatorio, carente, por lo dicho, de toda fiabilidad y que además entra en contradicción con la palabra del Sr. Julián y de sus dos hijos, que sostienen a ultranza que no tuvieron con el Sr. Jesús Manuel contacto o reunión alguna que no tuviera que ver con el préstamo de los 300.000 euros. Es cierto que en aquella conversación telefónica dice el Sr. Julián que "ayer me lo explicaron hace unos días y ayer, que estuve con mi hijo, ya nos lo explicaron...", pero nada ha de sorprender que, como dice el mismo en la prueba testifical, pensara que se estaba hablando del préstamo (no olvidemos que la conversación entera sólo duró dos minutos y dieciocho segundos y que el Sr. Julián asegura que, cuando sonó el teléfono, estaba durmiendo la siesta). Pero es que, además, difícilmente cabe otorgar alguna credibilidad al Sr. Jesús Manuel cuando resulta que, como apunta la apelada en su escrito de oposición al recurso, ni siquiera él, a fecha 19 de mayo de 2008 tenía clara la operación contramataada, pues en esa fecha envía un correo electrónico al Sr. Bartolomé preguntando por la entrada en vigor del "DRAL a 3 años" y sobre "cuánto es el van de la operación". Y

D) En cuanto a la conversación telefónica, que no olvidemos fue mantenida por el Sr. Bartolomé con el Sr. Julián, bien destaca la sentencia que el Sr. Bartolomé "reconoció desconocer cualquier otra operación que el cliente tuviera con el Banco, así como cualquier circunstancia relativa al cliente, actividad, edad, situación etc...", y con ese desconocimiento, aun cuando el Sr. Julián sí hubiese entendido de qué estaban tratando, resultaría que el Sr. Bartolomé habla de la operación "referente a la cobertura de tipos" (recuérdese que el Sr. Jesús Manuel también habla de "producto de cobertura de tipos") y se cuida en presentarle el producto como ventajoso, en cuanto que "permite tener un tipo fijo bueno", y en ocultarle el verdadero y grave riesgo que para los intereses de la mercantil suponían una bajada de los tipos de interés; cuya más que probable bajada ya era considerada por la entidad BBVA, como lo evidencia, por lo demás, el dato de que el mismo Sr. Bartolomé, aunque procurando restarle trascendencia, refiera "que en los próximos años puede que bajen un poco".

En definitiva, ni antes de esa conversación en la que se confirma la contratación del producto ni antes de la misma, se informó adecuadamente a la clienta de las

consecuencias negativas que tendría para ella una posible bajada de los tipos de interés, como, tras una inicial tendencia alcista que dio lugar a dos liquidaciones positivas, luego se produjo, además de manera muy significativa, dando lugar a sucesivas liquidaciones negativas muy importantes; y esa falta de información no resultó salvada con motivo de la posterior firma del documento de confirmación, que, según el Sr. Julián , contradiciendo, una vez más, lo dicho por el Sr. Jesús Manuel en la prueba de interrogatorio en el sentido de que se llevó dicho documento y lo devolvió firmado tres días después, al mantener que en la oficina bancaria se lo pasaron a la firma, relacionándolo con el préstamo y diciéndole que esto se quedó sin firmar el otro día; lo que, por otro lado, encaja con que, según sus dos referidos hijos, a la vista de la liquidación negativa y cargo en la cuenta de la sociedad, acudieran a la entidad bancaria en busca de una explicación y que, desconociendo dicho documento de confirmación, la propia entidad se lo remitiera posteriormente, con correo electrónico de fecha 26 de octubre de 2009.

En definitiva, correspondiendo a la entidad bancaria demandada, conforme a las normas de distribución del "onus probando" del [artículo 217](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) , la carga de acreditar que proporcionó a la demandante la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal, documentado e informado sobre el producto que iba a contratar, no yerra la Juzgadora de instancia cuando en su sentencia concluye afirmando que "no se cumplió -por la demandada- el deber informativo que exige la legislación vigente, pues no consta que se le haya proporcionado al cliente la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía el swaps que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de los tipos de interés, como fue el caso, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa por la entidad demandada al cliente, en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, como era el caso y conoce en una situación peculiar"; y que "se ha producido ese error -invalidante del contrato- alegado por cuanto se considera que existe un vicio esencial del consentimiento, dada la parca e incompleta información desplegada por la entidad financiera demandada lo que hace que el consentimiento prestado adolezca de un erroresencial e invalidente, no imputable a quien lo alega"; cuyas conclusiones no resultan desvirtuadas por la alegada infracción de la doctrina de los actos propios que se aduce en el recurso, fundada básicamente en que la mercantil demandante nada objetó cuando se le hicieron liquidaciones positiva, pues tal infracción no existe, en la medida que aquella, sus socios y representantes legales, no eran conscientes de tener contratado ningún producto financiero que pudiera dar lugar a las liquidaciones negativas y actúan cuando se percatan del error.

CUARTO

De acuerdo con lo dispuesto en el [artículo 398](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) , procede imponer a la apelante las costas procesales del recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S.M. el Rey

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don

Alejandro Lozano Conesa, en nombre y representación de la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 18 de marzo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Cartagena en el Juicio Ordinario número 397/2010 , debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución; y ello con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales del recurso.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el [art. 248.4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#), haciéndose saber que contra la misma no cabe recurso alguno, salvo que la parte entienda y justifique que tiene interés casacional, en cuyo caso podrá interponer el de casación correspondiente y también el extraordinario por infracción procesal, siempre que se haga en el mismo escrito de interposición del recurso de casación y no por separado; de cuyos recursos, llegado el caso, conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo y deberán interponerse ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia dentro de los veinte días a contar desde su notificación y previa constitución de un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Tribunal en la entidad BANESTO nº 3196/0000/06/361/11; y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de
Granada, núm. 44/2013, de 8 de febrero
de 2013. (JUR\2013\224819).

Audiencia Provincial

de Granada (Sección 3ª) Sentencia num. 44/2013 de 8 febrero

[JUR\2013\224819](#)



CONTRATOS BANCARIOS: PERMUTA FINANCIERA O SWAP: NULIDAD:

Procedencia: inexactitud de la información suministrada en cuanto al alcance de la cobertura y los riesgos reales del producto contratado: cliente calificado como minorista: error excusable sobre la naturaleza y características del contrato.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación 634/2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Pinazo Tobes

La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada **desestima** el recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia dictada el 19 de julio del año 2012, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almuñécar, confirmándola en su integridad.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO Nº 634/12

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE ALMUÑÉCAR

ASUNTO: JUICIO ORDINARIO Nº 679/11

PONENTE SR. ENRIQUE PINAZO TOBES.

S E N T E N C I A N º 44

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSÉ REQUENA PAREDES

MAGISTRADOS

D. ENRIQUE PINAZO TOBES

D. ANGÉLICA AGUADO MAESTRO

En la Ciudad de Granada, a 8 de febrero de 2013.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo nº 634/12- los autos de Juicio Ordinario nº 679/11, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almuñécar, seguidos en virtud de demanda de Viajes Lentejé, S.L.L. representado por la procuradora Dª Carmen Galera de Haro y defendido por el letrado D. Juan I. Maldonado Rodríguez contra Banco

Cooperativo Español, S.A. representado por la procuradora D^a Rosario Jiménez Martos y defendido por el letrado Sr. Rodríguez del Valle.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que, por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 19 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:"Estimar la demanda presentada por la representación procesal de Viajes Lentejé S.L.L. frente a Banco Cooperativo Español S.A., declarando la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y posterior documento de confirmación de operación de cobertura de fechas 3 y 4 de noviembre de 2011 suscritos por la actora, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración al existir error en el consentimiento prestado al suscribir la operación de cobertura, procediendo a la anulación de las partidas de cargos y abonos efectuados por la entidad demandada en la cuenta asociada a dicho contrato de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto de la otra, condenando a la entidad demandada a pagar la cantidad de 16.518,06 euros resultantes de compensar los cargos con abonos practicados en la cuenta de esta parte, más las cantidades que se sigan cargando y pudieran resultar abonadas, en su caso, como consecuencia del contrato, a determinar en ejecución de sentencia, más intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de sus cargos hasta su efectivo ingreso.

Las costas serán abonadas por la parte demandada".

SEGUNDO .- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, al que se opuso la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a esta Audiencia fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 2 de noviembre de 2012, y formado el rollo se señaló día para la votación y fallo con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO .- Que, por este Tribunal se han observado las formalidades legales en esta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ENRIQUE PINAZO TOBES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Las partes, contrataron en este caso la permuta financiera de tipos de interés (swap), objeto del litigio, tras la suscripción por la apelada de dos contratos de préstamo hipotecario, expresándose que constituye su objeto, documento 7 de los de la demanda, "cubrir todo o parte del endeudamiento que el cliente tenga a tipo de interés variable". En los contratos de préstamo hipotecario se pactó cláusula suelo, para el tipo de interés variable aplicable al 3,25 y 4,25%.

El Contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés, conocido principalmente por el neologismo Swap (permuta o intercambio), es un contrato atípico y lícito en el que las dos partes acuerdan intercambiarse los flujos de los tipos de interés en determinadas fechas ([SAP Madrid, Sec. 20ª, de 9 de mayo de 2012](#)).

Como señala la [SAP de Barcelona \(Sec. 15ª\) de 26 de abril de 2012](#) , "el swap sobre tipos de interés reúne los requisitos con que la doctrina caracteriza los contratos aleatorios: la indeterminación inicial del resultado; la dependencia definitiva del mismo de

circunstancias aleatorias que lo hacen incierto; y la voluntariedad de las partes al asumir ese riesgo. A diferencia de los contratos conmutativos, en los que cada parte sabe desde su perfección el contenido de cada prestación, en los contratos aleatorios las partes quedan expuestas desde su perfección a unos resultados (positivos o negativos) que sólo son verificables cuando se produce el evento previsto, en nuestro caso: el tipo aplicable a la fecha convenida de cada liquidación periódica. Por eso, como se ha afirmado en la doctrina, el swap sobre tipos de interés encierra una apuesta bilateral, ya que las dos partes quedan obligadas desde que se confirma la operación de swap, pero sólo una de ellas ejecutará su prestación en cada liquidación periódica según el resultado del cálculo que corresponda a dicha liquidación."

El problema de estos instrumentos financieros es que operan a futuro, jugando con la incertidumbre o riesgo de que se produzca una alteración brusca del tipo de interés, de modo que, producida la alteración, el cliente puede encontrarse con que un contrato, inicialmente suscrito para protegerle de oscilaciones al alza de tipos de interés en el futuro, se convierta, en un importante sobrecoste añadido al del préstamo, viéndose abocado a cubrir el tipo mínimo de interés de cada hipoteca, y además el diferencial derivado de la liquidación del swap, llevándole en definitiva así a la asunción de unos costes financieros, que pueden prácticamente duplicar el que hubiese soportado sin concertar el contrato litigioso. En este caso concreto, la demandante, de situarse el Euribor por debajo de la cláusula suelo pactada en cada préstamo hipotecario, a los que trataba de darse cobertura, tal y como resulta del objetivo de la contratación reflejado en el documento 7 de los de la demanda, como así ocurrió, paga el porcentaje mínimo indicado, en este caso, 3,25 y 4,25 y además, sobre el nominal inalterado, 662.536,67 euros, que a diferencia del capital del préstamo nunca disminuye, el porcentaje correspondiente por la apuesta perdida con la entidad financiera profesional, de modo que en tal hipótesis, y alcanzando en la realidad, en el desenvolvimiento del contrato aleatorio, el Euribor el 1,54, como se reconoce en la contestación, el cliente ha pasado a pagar un interés muy superior al del 5,31 en cada periodo anual por la financiación recibida, bien distinto del que se anunciaba que en tal hipótesis beneficiaría al cliente, ya que respecto del segundo préstamo podría llegar a más del 6,98 (4,25, cláusula suelo, en relación al capital pendiente de amortizar + la diferencia entre Euribor y 4,27 con relación al nominal) y en el primero al 5,98 (3,25, cláusula suelo, respecto del capital pendiente de amortizar + la diferencia entre Euribor y 4,27, pero sobre el nominal del SWAP, que no se ve periódicamente reducido), superando claramente, en el global de la operación, el tipo indicado del 5,31, sin que de ello conste que fuese advertido o informado la demandante. En el documento siete de los de la demanda, denominado "€EURIBOR PLAN PREVER -19.8 E12", solo se ponen de manifiesto las "VENTAJAS DEL PRODUCTO", afirmándose que, en caso de bajada de tipo de interés, el cliente se "beneficiara" de un tipo de interés "inferior" al actual Euribor, que en aquel momento se indica que coincide con el 5,312, sin que por la prueba practicada en juicio resulte que se ofreció otra información adicional que desmintiera tal aseveración, que no refleja la realidad del efecto del producto contratado, sobre el endeudamiento del cliente. Debemos precisar que las ventajas citadas no se establecen autónomamente respecto del SWAP, sino en cuanto a sus efectos sobre el coste de financiación del cliente.

En el documento mencionado, después, en letra más pequeña, tras la indicación, destacada en mayúsculas, de las "ventajas del producto", genéricamente "se asumen los riesgos inherentes ya sean de índole financiero o de otro tipo", no especificados, genéricos e imprecisos, difícilmente conciliables y entendibles en el marco del provecho

ofertado.

Según resulta del documento tres de los de la contestación de la demanda se llevó a cabo un test de conveniencia, del que solo resulta, la formación universitaria (licenciado en derecho, pero sin constar ejercicio de actividad profesional jurídica) de quien contrataba por la demandada, pero sin experiencia alguna en permutas de tipo de interés o conocimiento específico de esta modalidad contractual, sin realizar en los tres años anteriores ninguna contratación de alguno de los productos financieros que se mencionan, conociendo solo que un derivado es una operación de futuro, cuyo resultado final depende de la evolución de tipo de interés, influyendo, obviamente, los movimientos de los tipos de interés en la liquidación final.

Tras recibir un abono la demandante por importe de 3.862,49 euros, como consecuencia de la primera liquidación anual del swap, en el siguiente periodo debía pagar 20.380,55, interesando desde entonces la extinción del vínculo contractual. Solo consta, respecto de la primera liquidación, la presentación de una simulación, siendo la única realmente recordada por el testigo, empleado de la entidad financiera comercializadora del producto que señalo su realización, sin que podamos por ello coincidir con la apelante en que todos los escenarios fueron presentados, indicando el citado empleado solo que informo que por debajo del 4,27 la liquidación era negativa, pero sin desmentir el límite del sobrecoste, en los términos reflejados por escrito (documento 7), incorrectamente.

Ni con ocasión de la firma posterior del CMOF (contrato marco de operaciones financieras), ni con motivo de la suscripción del documento 6 de los de la demanda, por la que se rige el contrato, descrito en la contestación de la demanda como confirmación de la orden, es decir documento siete donde se expresaban las "VENTAJAS DEL PRODUCTO", se rectificó la información inicial incorrecta.

Tras reconocer, la condición de cliente minorista de la demandante, el empleado de la entidad financiera que comercializo el producto y declaro en juicio en segundo lugar, a los efectos de la aplicación de la [Ley del Mercado de Valores](#) debemos partir de esta calificación, a la hora de fijar si la defectuosa información recibida pudo llevar a error a quien la precisaba, ya que conforme a lo dispuesto en el art. 78.bis.c.3 de la Ley del Mercado de Valores para que un empresario tenga la condición de profesional, a efectos de la [normativa MIFID](#) (Markets in Financial Instruments Directive), ha de reunir, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; y 3º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros; y dado que no existe ningún indicio, legal y objetivo, que permita estimar superado alguno de tales parámetros, prescindiendo de otros criterios subjetivos o extralegales, de los indicados en el recurso, debemos partir de la posición de minorista de la entidad demandante, a la hora de examinar la incidencia que la deficiente información recibida pudo tener en la expresión del consentimiento, resultando por ello en tal examen intrascendente la participación de los administradores de la sociedad en otras entidades, o la integración de la demandante en un grupo sobre el que ni siquiera se conoce su volumen de actividad, sin indicio alguno de proximidad con alguno de los criterios legalmente indicados.

SEGUNDO

.- Desde el punto de vista contractual, y en lo que interesa en este litigio, la información necesaria para que el cliente forme correctamente su voluntad contractual se encuentra estrictamente reglada en la normativa MIFID, en el caso de contratos sobre instrumentos financieros incluidos en el ámbito de la [Ley del Mercado de Valores](#). El incumplimiento de dicha normativa comporta la ausencia de la conducta leal exigible a la entidad de crédito, respecto de sus clientes, y puede generar la creación de un error excusable sobre la naturaleza y las características esenciales del contrato concertado sobre el instrumento financiero en cuestión, swap de tipos de interés, como ya ha señalado esta Sección, en nuestras [sentencias de 16](#), 20 de julio y [23 de noviembre de 2012](#) (sentencias nº 498 y 500).

El error como vicio invalidante del consentimiento está directamente relacionado con la información que el contratante ha obtenido en la fase precontractual y en la de celebración del contrato, en base a la cual ha formado su voluntad, destacando, la reciente [STS de 21 de noviembre de 2012 \(número 683/2012\)](#), precisamente resolviendo un recurso de casación sobre un contrato de la misma naturaleza que el ahora examinado, que "en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba", pero sin que sea "correcta un equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos". La Sentencia mencionada, que estima el recurso de casación, anulando en aquel caso [la dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo sección 5ª de 27/1/2010](#), que había estimado la nulidad del contrato, lo hace por entender que había equiparado el defecto de información con la existencia de un error en el consentimiento, teniendo en cuenta que, como literalmente señala, en aquel caso, quien promovía la nulidad "fue expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos, tal como consta declarado en la propia sentencia recurrida", descartando, como también nosotros debemos por ello hacerlo en este caso, que sin datos suficientes, pueda estimarse que existió una ocultación maliciosa por parte de la entidad financiera sobre la fluctuación de los tipos de interés.

Como también establece la sentencia citada "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, [295/1994, de 29 de marzo](#), [756/1996, de 28 de septiembre](#), [434/1997, de 21 de mayo](#), 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.... Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias."

En este caso, sin tratarse de una mera posibilidad, creemos que resulta clara la inexactitud de la información suministrada al cliente minorista, tal y como hemos reflejado en el fundamento anterior, en un aspecto esencial del contrato, en cuanto al verdadero alcance de la cobertura y riesgos reales del producto contratado. La información en este caso ni fue suficiente, ni exacta, ni correcta, resultando determinante del error del contratante, relacionado con elementos sustanciales del contrato y con su finalidad objetiva, plasmada en el documento 7 de los incorporados con la demanda, teniendo en cuenta que era la entidad financiera demandada la obligada a dar la información, a tenor de la normativa aplicable al contrato.

En esta valoración debe tomarse en consideración quien es el sujeto obligado a obtener o a dar la información, su naturaleza y alcance, para formar correctamente la

voluntad contractual, y es ahí donde cobra trascendencia la aplicación procedente al caso de la normativa "MIFID", sobre instrumentos financieros incluidos en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, sin que resulte de aplicación la normativa bancaria.

El examen de tal normativa también resulta trascendente al tiempo de fijar la imputabilidad del error y su excusabilidad, en el marco de las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la apariencia que genera la declaración negocial seriamente emitida por las partes y entre ellas la de la entidad financiera profesional cuando afirmaba que en caso de bajada de tipo de interés el cliente se "beneficiara" de un tipo de interés "inferior" al actual Euribor que en aquel momento se indica que coincide con el 5,312.

Como destaca la [sentencia de la sección 6ª de 18 de julio de 2012](#) de la Audiencia Provincial de Sevilla , "La inclusión de tales instrumentos financieros en el ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores está expresamente prevista en el art. 2.2 de dicha ley. Su carácter de instrumento financiero complejo, a efectos de la regulación de los deberes de información establecidos por la Ley del Mercado de Valores, resulta del art. 79.bis.8.a.V de la misma. Este tipo de instrumentos financieros se encuentra igualmente incluido en el ámbito de la [Directiva MIFID](#) , a la que se hará referencia, conforme el art. 4,1 , 17 y su anexo I, C, apartado 4 , en el que se relacionan:

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

Por tanto, no estando ante un contrato excluido del ámbito de aplicación de la normativa MIFID en base a lo previsto en el [art. 79 quater](#) de la Ley del Mercado de Valores , sin que una "nota" del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, tenga, sin perjuicio de su naturaleza informativa, valor normativo alguno, encontrándonos ante un instrumento derivado complejo y de riesgo, no puede eliminarse tal protección, aunque su concertación aparezca relacionada con la contratación bancaria habitual de los particulares o las empresas pequeñas, ya que precisamente el hecho de contratar el swap como cobertura de una actividad financiera, necesaria para su actividad ordinaria, exigiría precisamente mayor protección en cuanto a evitar que el cliente pueda verse sorprendido al haber contratado un producto complejo y arriesgado sin tener la información adecuada cuando lo único que pretendía era contratar una cobertura complementaria de su actividad bancaria ordinaria.

TERCERO

La normativa del mercado de valores dispensa, especialmente al cliente no experto dada la complejidad de ese mercado, de una especial protección, con especial incidencia en la fase precontractual. Esta normativa, no puede ser ignorada, en cuanto puede y debe integrarse con ella la relación jurídico privada, del modo en que así se ha aplicado por la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en [sentencias como las de 20 de enero de 2003 y 22 de diciembre de 2009](#) .

El alcance de esa obligación de información para la entidad financiera, como derecho del cliente, se desarrolla, según expresaba la [sentencia de esta sección de 16 de julio de 2012](#) , en los siguientes términos:

"en el art. 79-bis de la [Ley 24/1988, de 28 de julio](#) , del Mercado de Valores , al

establecer en su apartado 2 que toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa, señalando en su apartado 3 que "a los clientes, incluidos los potenciales, 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 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. (...)"

El [art. 79](#) de la Ley del Mercado de Valores exige a las entidades que presten servicios de inversión que se comporten con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. El art. 79.bis impone a tales empresas unas exhaustivas y rigurosas obligaciones de información a sus clientes actuales o potenciales, "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". El [art. 60](#) del [Real Decreto 217/2008](#) desarrolla esta previsión, estableciendo, entre otros extremos, que toda información dirigida a clientes minoristas deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, presentada de forma comprensible para sus destinatarios y no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla antes citada "La finalidad de los deberes de información exigidos por esta normativa es mitigar la asimetría informativa característica de este mercado, de modo que el cliente se convierta en un sujeto informado que pueda efectuar una elección eficiente en el mercado (perspectiva concurrencial) y asimismo preste un consentimiento contractual no viciado (perspectiva contractual)"

El incumplimiento de tal normativa, no puede ignorarse, y aunque por si sola, no permite apreciar la existencia de un error invalidante, indudablemente pone de manifiesto el incumplimiento por parte de la entidad de crédito de la conducta leal exigible respecto de la falta de una adecuada información a su cliente, que en este caso, cuando especialmente el alcance de la cobertura manifestado respecto del préstamo bancario no responde a la realidad, expresándose como hemos visto incorrectamente que, en caso de bajada del Euribor respecto de la barrera fijada, "el cliente se beneficiara durante todo el periodo de un tipo de interés inferior al actual", 5,312, constituyendo el objeto del contrato expresado por las partes la cobertura del endeudamiento del cliente por la variación de los tipos de interés, debiendo esperar confiadamente el cliente minorista, enfrentado a la lectura del complejo producto ofertado sobre el que no tiene ninguna experiencia, que tal afirmación, de la entidad financiera profesional responde a la realidad, solo podemos estimar que esta situación genera, la creación un error excusable sobre la naturaleza y las características esenciales del contrato concertado respecto del instrumento financiero en cuestión, que debe provocar la confirmación de la sentencia

recurrida.

Tampoco se informó al cliente del riesgo real, permitiéndole así valorarlo adecuadamente. Podrá comprender la existencia de un riesgo difuso, pero si no tiene experiencia inversora no puede evaluarlo adecuadamente, al no ser informado de los costes reales que por la operación se pueden derivar. Por ello, la asunción genérica de riesgos que establece la orden de contratación, en letra más pequeña, tras la indicación de las "ventajas del producto", donde genéricamente "se asumen los riesgos inherentes ya sean de índole financiero o de otro tipo", no especificados, genéricos e imprecisos, y difícilmente conciliables y entendibles en el marco del provecho ofertado, no permite concluir de modo distinto al señalado.

De lo dicho hasta ahora, se desprende que la actora fue inducida, a consecuencia de una defectuosa información, a error sobre la sustancia objeto del contrato, obteniendo así una falsa percepción sobre las características propias del producto, provocando en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así, en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los [arts. 1.265 y 1.266](#) del [Código Civil](#).

En resumen se ofertaba un producto financiero para proteger los costes ante posibles subidas de interés, cuando en realidad se suscribía era un contrato de elevado riesgo, que podía comportar cuantiosas pérdidas, en conexión con el préstamo hipotecario con cláusula suelo, que se trataba de complementar, quedando no solo cubiertas de forma muy diferente las fluctuaciones de intereses, sino sobre todo y en especial, sin ser cierto que, en escenario de bajada de tipos, debiera pagar solo el 5,312 de tipo de interés.

El error del demandante, por tanto, pese a las alegaciones de la entidad financiera apelante, es excusable, no evitable por razón del mayor o menor detenimiento del complejo examen del clausulado del vínculo contractual, teniendo en cuenta su desconocimiento previo del comportamiento del swap. No puede serle imputado el error, cuando es la propia entidad financiera la que incumple su obligación de informar convenientemente sobre las condiciones reales y el verdadero alcance del contrato, pudiendo afirmarse, en consecuencia, que fue un error provocado por la apelante, desde el momento en que no cumpliendo correctamente el deber de información, conduce al cliente, a tenor de la garantía ofrecida en situación de bajada de tipos de interés, a un error esencial.

CUARTO

Por tanto, entendemos que se cumplen con los requisitos necesarios para que deba estimarse la anulación del contrato, por error en la formación y prestación del consentimiento, esencial por carecer la cosa o su objeto de las cualidades y prestaciones esperadas (por todas, [SSTS de 12 de noviembre de 2004](#) o [22 de mayo de 2006](#)).

En palabras de la [STS de 17 de julio de 2006](#), el contrato celebrado, carece de toda validez y eficacia por ser nulo el consentimiento contractual prestado, al estar viciado por un error esencial y excusable, y ello por las razones señaladas.

Coincidiendo con la apelante en que el interés de la actora en la contratación, era la estabilización de los tipos de interés, resulta paradójico, en su tesis, que se desampare a quien recibe del banco una información incorrecta, contratando convencido del riesgo reducido en caso de bajada de tipos, en los términos inciertos reflejados en el documento 7 de los de la demanda, quedando sometido, pese a la garantía ofertada, a

un endeudamiento importante e inesperado, que es justo lo que trataba de evitar, con un coste de financiación que sobrepasaba la barrera de la que se quería proteger, con la aplicación conjunta del swap y los intereses de los préstamos hipotecarios concertados.

Tampoco podemos entender, teniendo el Banco la obligación concreta de información, que es exigible al cliente minorista proporcionársela, y además, favoreciendo a quien no ofreció la información debida incumpliendo el mandato legal, suministrándola de modo incorrecto e inexacto, estimar que el error es inexcusable porque debería haberla obtenido el perjudicado. En cualquier caso no puede exigirse a la actora la carga de probar hechos negativos, es decir la justificación de la ausencia de la información sobre los riesgos de la operación, que como hemos visto no se dio, como era legalmente exigible por la entidad demandada, de manera imparcial y visible, suficiente y presentada de forma comprensible para su destinatario, sin ocultar, encubrir o minimizar ningún aspecto, declaración o advertencia importante. En definitiva no estamos ante una indebida alteración de la carga de la prueba, cuando concluimos, documento 7, que la información fue incorrecta.

QUINTO

Es cierto que se llevó a cabo un test de conveniencia sobre las características del cliente.

Sin embargo, el recurso no puede prosperar, por indicar la actora, al responder al cuestionario acompañado a la contestación, sin experiencia alguna en permutas de tipo de interés, una obviedad, como es que sabía que en una operación de futuro, cuyo resultado final depende de la evolución de tipo de interés, en la liquidación final los movimientos de tales tipos influyen. Tal conocimiento, en ningún momento desmiente la afirmación incorrecta de la entidad financiera y la garantía por ella ofrecida sobre el tipo de interés que pagaría en un escenario bajista, y menos aún puede suponer el conocimiento por parte del cliente minorista, de la existencia de un riesgo, que implicaba saber que la información proporcionada era incorrecta, dando así por supuesto que no se cumpliría con la seguridad ofrecida. Tal conclusión no puede obtenerse en atención a la respuestas al test de conveniencia realizado, sin tener el cliente la condición de experto financiero, que no se altera por su formación universitaria o actividad empresarial, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 78.bis.c.3 de la [Ley del Mercado de Valores](#).

Por tanto ya que tal documento, aún suscrito por quien contrataba a nombre de la demandante, no permite que podamos concluir estimando la evitabilidad del error en el consentimiento prestado por la demandante, debemos resolver la situación enjuiciada como en nuestras [sentencias de 16](#), 20 de julio y [23 de noviembre de 2012](#) (sentencias n.º 498 y 500), estimando la nulidad del contrato de permuta financiera, destacando que, tras la [STS de 21 de noviembre de 2012 \(número 683/2012\)](#), debemos estar al caso concreto examinado, sin que por ello, la variedad de resoluciones señaladas por las partes permita concluir de otro modo.

Tampoco, en atención a lo expuesto, puede apreciarse que, en la valoración de la prueba, existan equivocaciones de entidad suficiente para permitir la revocación de la sentencia que declara la nulidad del contrato, cuando a juicio de este Tribunal es también el pronunciamiento procedente en este litigio.

SEXTO

Por aplicación del [art. 398](#) de la [LEC](#), se imponen a la apelante las costas de este recurso.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre de Banco Cooperativo Español, S.A. debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Almuñécar en Juicio Ordinario nº 679/11 de fecha 19 de julio de 2012, con imposición a la apelante de las costas de este recurso y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra esta resolución cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, a interponer ante este Tribunal en el plazo de **VEINTEDÍAS**, a contar desde el siguiente a su notificación, siendo resuelto por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados y la Ilma. Sra. Magistrada que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

Sentencia de la Audiencia Provincial de
Murcia, núm. 567/2013, de 3 de
diciembre de 2013. (JUR\2014\9867).

Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª)

Sentencia núm. 567/2013 de 3 diciembre. JUR

2014\9867

CONTRATOS BANCARIOS: PERMUTA FINANCIERA o "Swap": nulidad por error en el consentimiento: estimación: error excusable por cuanto: la información ofrecida no fue suficiente sobre la dimensión verdadera del riesgo, ni el contenido técnico del mismo de difícil comprensión para una persona sin conocimientos financieros superiores.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 1123/2012

Ponente: Illmo. Sr. D Fernando López del Amo González

La Sección 1ª de la AP de Murcia declara no haber lugar al recurso de apelación frente a la Sentencia de instancia.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

MURCIA

SENTENCIA: 00567/2013

J. Murcia nº Catorce

Ordinario 95/2011

S E N T E N C I A nº 567/2013

Ilmos Sres.

D. Andrés Pacheco Guevara

Presidente

D. Fernando López del Amo González

Presidente

D. Cayetano Blasco Ramón

Magistrados

En Murcia, a **tres de diciembre de dos mil trece.**

Habiendo visto en grado de apelación la SECCION PRIMERA de esta Ilma. Audiencia Provincial los autos de Juicio **Ordinario nº 95/2011** , que en primera instancia se han seguido en el Juzgado civil de **Murcia nº Catorce** , entre las partes: como actora "**Industrias Cárnicas Hala, S.L.**" , representada por el Procurador Sr/a. Salmerón Buitrago y defendida por el Letrado Sr/a. Carrillo Fernández, y como demandada **Banco Español de Crédito, S.A.** , representada por el Procurador Sr/a. Jiménez Martínez y defendida por la Letrada Sra. Sánchez Serrano.

En esta alzada actúa como apelante Banco Español de Crédito, personándose por el Procurador Sr/a Jiménez Martínez, y como apelada "Industrias Cárnicas Hala, S.L.", personándose por el Procurador Sr/a Salmerón Buitrago. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don Fernando López del Amo González, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Instancia citado, con fecha **19 de julio de 2012** dictó en los autos principales de los que dimana el presente Rollo la Sentencia cuya parte dispositiva dice así: "**FALLO** : "Que estimando la demanda interpuesta por "INDUSTRIAS CARNICAS HALA S.L." contra "BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A." debo declarar y declaro la nulidad del contrato "Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés Fijo Creciente y Convertible a Tipo Variable" suscrito por las partes con fecha 28 de junio de 2006, (Documento 5 de la demanda), con la obligación de las partes de restituirse las cantidades correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente, más los intereses legales sobre cada una de dichas cantidades a devengar desde la respectiva fecha de abono y declarando en su caso la no exigibilidad de las liquidaciones practicadas y no abonadas efectivamente, condenando a la demandada a estar y pasar por las consecuencias derivadas de todo ello. Con imposición de costas a la demandada".

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia en tiempo y forma se interpuso recurso de apelación por **Banco Español de Crédito** basándolo en síntesis en que se estimara la demanda.

Admitido a trámite el recurso se dio traslado a la otra parte, quien presentó escrito oponiéndose al mismo, pidiendo la confirmación de la sentencia.

TERCERO .- Por el Juzgado se remitieron los autos originales, compuestos de 615 folios, a esta Audiencia en la que se formó el oportuno **Rollo 1123/2012** por la **Sección Primera**; por medio del correspondiente proveído se acordó traer los autos a la vista para dictar sentencia, señalándose para la celebración de la deliberación y fallo el día 3 de diciembre de 2013.

CUARTO .- En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- La mercantil "Industrias Cárnicas Hala, S.L." formuló demanda contra Banco Español de Crédito, S.A. (en lo sucesivo BANESTO) solicitando la nulidad del contrato de operaciones financieras de 28 de junio de 2006 con la consiguiente con restitución recíproca de las prestaciones.

La sentencia aceptó las pretensiones de la actora, razón por la cual la entidad bancaria demandada ha planteado recurso de apelación solicitando su revocación a fin de que se rechace la demanda por ser válido aquel contrato.

SEGUNDO

.- En primer lugar no puede aceptarse la pretendida caducidad de la acción por cuanto nos encontraríamos ante una nulidad radical del contrato por error invalidante del consentimiento y no de una mera anulabilidad; debiendo tenerse en cuenta, en cualquier caso, que el contrato es de 28 de junio de 2006, pero la actora no tuvo conocimiento del alcance de sus consecuencias hasta que se le remitió la liquidación negativa en el año 2009, habiendo planteado la demanda el 25 de enero de 2011.

TERCERO

.- En relación a la nulidad del contrato de permuta, esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en supuestos similares en el que el mismo Banco demandado había ofrecido a otras mercantiles varios contratos sucesivos de "permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo cociente y convertible a tipo variable", (también conocidos por el término anglosajón: "Wasp"), manteniendo la declaración de nulidad de dicho contrato por tener la consideración de contratos de adhesión, debiendo por ello interpretarse en beneficio del consumidor desde el momento en que la mercantil actora debe ser considerada destinataria final del producto ofrecido; concluyendo que existió ausencia de consentimiento por falta de la suficiente información de un producto con grandes complejidades propias, no habiendo alcanzado la exahustividad necesaria para que, quien lo suscribe, conociera de forma clara los riesgos inherentes a dicho producto financiera, y ello a pesar de que en un determinado momento se recogiera la expresión "aviso importante" (f. 149), pues tal aviso no le releva de dar las explicaciones oportunas (ss. de 21 de noviembre de 2011 y 28 de mayo de 2012); en dicha sentencia igualmente se viene a rechazar el pretendido error no excusable por no haber tenido el que lo suscribe conocimiento completo de este tipo de contratos.

Por los mismos argumentos esta Sala llega a igual conclusión dado que los sucesivos contratos vienen a ajustar las condiciones a la previsible evolución del mercado obtenida a través de la estructura organizativa de la que dispone el propio banco con capacidad de intuir la evolución de los intereses (y ello aunque no dependa de su exclusiva voluntad); no pudiéndose presumir que la actora fuera una inversora experimentada y con pleno conocimiento por haber adquirido otros

productos financieros con anterioridad, tal y como expone la [sentencia de 1 de abril de 2011 \(AC 2011, 1903\)](#) de la Sección 5ª de esta misma Audiencia ; debiendo partirse de la falta de capacidad de análisis de quien contrata con el banco confiado en que el nuevo contrato (que venía a renovar los anteriores de 27 de diciembre de 2004 y 4 de julio de 2005) iba a satisfacer de mejor modo las expectativas ofrecidas por el banco sobre la variación de los intereses al alza.

Aquella falta de información suficiente y exhaustiva que es exigida por la normativa europea también es predicable en el contrato financiero anulado de 2006 al considerar que existió un error en cuanto al objeto del contrato (protección a la empresa frente a las fluctuaciones de los tipos de interés) y a las condiciones que rodeaban al mismo por no existir equivalencia entre las partes al asumir el riesgo del cambio de interés, error y diferencia que tiene la entidad suficiente para invalidar el consentimiento prestado.

CUARTO

.- Todo lo anteriormente expuesto viene a dar viabilidad a los argumentos recogidos en la sentencia, con la que se coincide en la existencia de un error invalidante por falta de la suficiente información ya que nos encontramos ante una pequeña empresa cárnica con un único administrador, quien no tiene un asesor financiero sino contable; empresa que había firmado otros contratos SWAPS que fueron liquidados sin coste alguno y por tanto el Sr. Samuel no podía prever que en esta ocasión le resultara una liquidación tan grave como la presentada; sin que, del contrato objeto de esta litis ni del genérico "aviso importante" adjuntado, se refleje un ejemplo del alcance de una posible situación negativa limitándose a señalar que terminaría produciéndose un coste de los tipos de interés financiero superior según las alternativas (f. 149).

Del email remitido dos días antes de su firma (f. 134) no se desprende tampoco un aviso del alcance de la evolución negativa de los tipos de interés ni que esta se pudiera producir en un plazo cercano, desprendiéndose del mismo una mayor garantía del producto al ampliar el plazo de renovación (5 años) y un 50% del valor nominal hasta elevarlo a 750.000 euros, con un tipo medio del 3'98%, concluyendo que es un producto para renovar mejor que los estándar de mercado.

El banco no ha acreditado que le hubiera informado adecuadamente dado el escaso tiempo límite que se le dio para poder contratar el nuevo SWAPS (3 días), contratando a los dos días de recibir el Email; en cualquier caso el director de la sucursal, Sr. Carlos Miguel le dijo que no se preocupara sobre el "coste financiero".

De la propia redacción de los documentos del Banco parece indicar al cliente que nos encontramos ante un supuesto de aseguramiento de un determinado coste de financiación; reflejando en el citado Email que estamos ante una "cobertura de tipo de interés a precios actualizados y sin penalización: caso de superar la barrera del euribor 6m. de inicio de cada período, la liquidación será nula"; no haciendo mención alguna a una posible bajada del tipo de interés, habiendo reconocido Don. Carlos Miguel que nadie imaginó que los tipos de interés podrían bajar.

Difícilmente puede pensarse en una cumplida información cuando en el mismo Email se adjunta la "orden de Contratación" que debía devolver "sellada y firmada en todas las hojas a la mayor urgencia por si volvieran a subir los tipos de interés".

Tampoco existió una información real y suficiente sobre el posible costo de cancelación ya que la estipulación quinta f) del contrato se limita a decir que será la que "determine el banco de acuerdo con los precios de mercado" existentes en el momento de la liquidación, sin acompañar simulación alguna de los distintos escenarios que pudieran presentarse, en especial los gravosos por bajada de tipos ([s. de A.P. de Madrid, Sección 10ª, de 7 de marzo de 2012 \(AC 2012, 1412\)](#)).

La sentencia ahora recurrida expone adecuadamente todos los argumentos que le llevan a la convicción de que no existió suficiente información, dando esta Sala por reproducidos los mismos, produciéndose un error excusable por cuanto: la información ofrecida no fue suficiente sobre la dimensión verdadera del riesgo ya que se le avisó de la posibilidad de que subiera el tipo de interés (no de que bajara); se le ofreció el nuevo contrato como una nueva cobertura, renovando otros productos anteriores que no le habían ocasionado problema alguno, comportándose como un seguro frente a la fluctuación del tipo de interés; se le instó a que lo firmara de manera urgente so pena de incurrir en grandes pérdidas; no se le aconsejó en ningún momento que acudiera a una asesoría financiera externa, ya que era para su beneficio, no concretándole el riesgo; y, finalmente, sin que la detenida lectura del contrato permitiera conocer su alcance dado el contenido técnico del mismo de difícil comprensión para una persona sin conocimientos financieros superiores a los precisos para el desenvolvimiento ordinario de una empresa que se dedica a la comercialización de carnes de animales que ella misma sacrifica, y a la que basta con tener conocimiento de cuentas corrientes, líneas de descuento o pólizas de crédito; no pudiendo concluirse que Don. Samuel haya desarrollado una importante actividad inversora por el hecho de haber suscrito anteriormente otros dos SWAPS que no le habían causado problema alguno.

Existió pues un error y el mismo debe considerarse esencial e invalidante al recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, tal y como esta Sala expuso ya en la reciente [sentencia de 30 de septiembre de 2013 \(JUR 2013, 316392\)](#) en un procedimiento planteado también contra la entidad ahora recurrente.

QUINTO

Por la desestimación del recurso procede imponer a la entidad bancaria las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados en la sentencia recurrida y demás de general aplicación.

En nombre de S.M. El Rey.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Banco Español de Crédito, S.A.** contra la sentencia dictada el 19 de julio de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución con imposición de las costas a la parte recurrente.

Contra esta resolución no procede recurso ordinario alguno y, en su caso deberá cumplir con el depósito recogido en la [L.O. 1/2009 \(RCL 2009, 2089 \)](#) .

Remítanse los autos principales, con testimonio de la presente resolución, al Juzgado de origen para su ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de
Albacete, núm. 114/2012, de 26 de abril
de 2012. (JUR\2012\180359).

Audiencia Provincial

de Albacete (Sección 2ª) Sentencia num. 114/2012 de 26 abril

[JUR\2012\180359](#)



CONTRATOS BANCARIOS: PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERES O «SWAP»; **NULIDAD:** PROCEDENCIA: incumplimiento por la entidad financiera del deber de información exigible a la complejidad del producto: cláusulas ambiguas y contradictorias: error en el contratante que invalida el consentimiento prestado: contratación por cliente minorista: insuficiencia del test de idoneidad: test rellenado en la oficina bancaria de modo mecánico y sin preguntar al cliente si lo entendía.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación 296/2011

Ponente: Ilma. Sra. Mª Angeles Montalvá Sempere

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete **desestima** el recurso de apelación de la parte demandada contra la Sentencia de fecha 16-06-2011, del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de La Roda.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

ALBACETE

SENTENCIA: 00114/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL.-

SECCIÓN 2ª.-

A L B A C E T E.-

ROLLO Nº 296/ 11.-

JUICIO ORDINARIO nº 269 / 10.-

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 1 -LA RODA.-

S E N T E N C I A N U M 114/12

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON ANTONIO NEBOT DE LA CONCHA.-

MAGISTRAD@S:

DOÑA MARÍA DE LOS ANGELES MONTALVÁ SEMPERE.-

DON JUAN MANUEL SÁNCHEZ PURIFICACIÓN.-

En Albacete, a veintiseis de abril de 2.012.-

VISTOS, ante esta Ilma. Audiencia Provincial, en apelación admitida a la demandada BANCAJA representada en la alzada por el/la Procurador/a Sr/a. Sonia Herreros Olivas los Autos de JUICIO ORDINARIO nº 269/10 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de LA RODA siendo parte apelada la actora MUSES TV S.A representada por la Procuradora Gala De La Calzada Ferrando y designada Ponente la **ILMA. SRA. Magistrada Dª MARÍA DE LOS ANGELES MONTALVÁ SEMPERE:**

FALLO

ACEPTANDO los antecedentes de la Sentencia apelada, cuya Parte dispositiva dice así: " Estimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Sotoca Nuñez, en nombre y representación de la entidad MUSES TV, S.L frente a CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLON Y ALICANTE (BANCAJA), y declaro nulo el contrato marco de permuta financiera suscrito entre las partes, y sus anexos, anulando también sus efectos, y retrotrayendo los mismos al momento anterior a la firma del contrato, con la consiguiente devolución por ambas partes de las cantidades que hayan podido percibir, mas el pago de los intereses correspondientes.

Impongo a la demandada el pago de las costas procesales causadas."

ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO .-Por el mencionado Juzgado se dictó Sentencia de fecha 16/6/2011 cuya Parte Dispositiva es del tenor ya reflejado.

SEGUNDO .-Sustanciado y seguido el presente Recurso por sus trámites en virtud de apelación interpuesta por la demandada en su escrito interesa la revocación de la Sentencia apelada dictándose otra por la que se desestime íntegramente la demanda contra ella planteada con imposición de costas.

Se acordó tener por interpuesto el mismo, con traslado a la contraparte, que lo impugna y elevadas las actuaciones a ésta Ilma.Audiencia, Secc. 2ª, con fecha 09/11/2011 se acuerda por Diligencia de Ordenación incoar rollo y designar Magistrada-Ponente y con fecha 28/11/2011 se dicta Providencia acordándose señalar Votación y Fallo: 26/3/2012, tras lo cual quedó el Recurso pendiente de su Resolución respetándose todas las prescripciones legales aplicables al caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO

.-Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de LA RODA se dictó la Sentencia de autos con el Fallo reflejado en anteriores ordinales, desfavorable para la entidad bancaria demandada y disconforme interpone Recurso de apelación, solicitando que se desestime en su integridad la demanda contra ella presentada.

Y alega para sustentar su recurso, resumidamente los siguientes motivos o argumentos: 1º/ a 4º/ En cuanto a la información precontractual basa su decisión únicamente en las manifestaciones del apoderado de las actoras y en cuanto a la diligencia desplegada por BANCAJA no ha tenido en cuenta la Sentencia el cumplimiento estricto de la norma MIFID incorporada a nuestra Legislación del Mercado de Valores por medio de [Ley 47/2007](#) de Reforma de la [Ley del Mercado de Valores](#) y del [RD 217/2008](#) siendo fácil entender en una época así que la empresa demandante aceptase protegerse frente a subidas de los tipos de interés resultando en dos meses los tipos pasaron de estar en sus máximos históricos a situarse en torno al 1% por las consecuencias de la quiebra de Lehman Brothers-pág.15 de su escrito- cambiando el Banco Central Europeo su política monetaria, entendiendo el Sr. Juan Pablo el contrato y su clausulado que es claro y sencillo sin que en la información precontractual se presentase el contrato como un contrato de seguro sino que se le explicó que se trataba de una cobertura de tipos de interés.-5º/ En cuanto a la información contractual, si Don. Juan Pablo fue diligente leyendo sus cláusulas es imposible que creyera estar firmando un seguro e inverosímil que no supiera lo que estaba firmando.-6º/ Respecto del coste en caso de cancelación anticipada sus consecuencias se encuentran en la cláusula 11ª y depende de la evolución de los tipos de interés si que haya desequilibrio entre las prestaciones.7º/En cuanto a la validez del contrato de permuta financiera exart 1261 [CC](#) , no se cumplen los requisitos para apreciar un error que invalide el consentimiento: que no sea imputable al que lo padece y que sea excusable.

SEGUNDO

Por la actora MUSES TV,S.A. se ejercitó demanda de acción denulidad contractual contra la entidad bancaria BANCAJA, actual apelante, demanda que como dijimos prospera en la instancia.

Conforman datos irrefutables que: 1º/Entre la demandante, empresa radicada en La Roda y dedicada a la venta al por menor de electrodomésticos y BANCAJA se suscribió un contrato de préstamo hipotecario elevado a escritura pública el 31/01/2005 por importe de 550.000 €. 2º/ El 30/04/2007 suscriben contrato de ampliación de préstamo hipotecario con fecha de vencimiento 30/04/2022 - doc.nº 1 aportado con la demanda- vinculado a la cuenta 2077-0324-19-5220103121 siendo aumentado en la cuantía de 332.055,87 € ascendiendo en ese momento la deuda a un total de 825.000 € de los cuales 492.944, 13 € se correspondían con el capital pendiente de devolución respecto del inicial préstamo(año 2005) y 332.055,87 € se correspondieron con la cantidad ampliada mediante abono en la c/c NUM000 . 3º/ Que se estipuló un tipo de interés variable inicial al 5,5 -Estipulación a/ 3ª del indicado contrato- vigente hasta el 30/10/2007,(fecha en que se produjo su revisión al alza incrementándose hasta ser abonado al 6,3 según recibo del periodo 30/10/2008 a 30/11/2008). 4º/ En la Estipulación A) 5ª de dicho contrato se pactó -apartado j/- que: "siendo el importe del préstamo superior al 80% del valor de la tasación de la finca hipotecada y como garantía adicional la parte prestataria acepta de forma voluntaria que el mayor riesgo asumido por la Caja Acreedora quede garantizado con el seguro de crédito hipotecario suscrito entre Bancaja y la Entidad Aseguradora Genwort Financial Mortgage Insurance, que cubre parcialmente a la Caja Acreedora como entidad tomadora y beneficiaria del mismo, las pérdidas finales que ésta pueda experimentar en caso de ejecución de la finca hipotecada y hasta el importe máximo cubierto por el citado seguro...".5º/ Como quiera

que la subida del interés resultaba incesante la entidad bancaria ofreció al actor un contrato denominado "Contrato Marco de Permuta Financiera de tipos de interés" por el que se cubría las subidas de interés del Euribor a tres meses por encima del 4,95% siendo formalizado el 9 de Mayo de 2008 por plazo de un año prorrogable tácitamente por períodos anuales sucesivos- salvo denuncia expresa por cualquiera de las partes...(vid cláusula 9º de dicho contrato)-. 6º/Se efectuaron por BANCAJA liquidaciones trimestrales de cobertura de tipos de interés-doc.nº 5 y ss adjuntados con la demanda-por lo que en relación con la liquidación que se correspondía con el trimestre Febrero-Mayo 2009 y que ascendía a 4.957, 99 € - doc.nº 7- la actora comunicó el 16 de Marzo de 2009 a BANCAJA que su situación era "desbordante" toda vez que debía abonar además las cuotas mensuales del préstamo hipotecario que ascendían a 7.039,33 €, haciendo hincapié en la posibilidad de cancelar dicho "seguro"- y así se redactó la carta que obra como doc.nº 11- habiendo contestado BANCAJA que dicha cancelación supondría un coste de 30.000 € por lo que se insta por la demandante una "solución muy urgente", respondiendo la entidad a dicho escrito con otro de fecha 24 de Marzo de 2009 en el sentido que la cancelación anticipada lo era a valor de mercado y que por ello podría resultar a favor o en contra, acudiendo el actor al Defensor del Cliente de la Federación Valenciana de Cajas de Ahorro y finalmente a los Tribunales de Justicia.

TERCERO

.-La demanda prospera al interpretar la Juzgadora a quo que en efecto, el repetido contrato es nulo por ello resumidamente por las siguientes razones: A/ Ausencia de información precisa, correcta y adecuada por parte de BANCAJA. B/ Ambigüedad con que se refleja en el contrato el cálculo que realizaría la entidad bancaria respecto de las cantidades que debe satisfacer el cliente en caso de vencimiento anticipado lo que supone que existen cláusulas oscuras - art 1288 [CC](#) . y: C/ Como consecuencia de todo ello, declara la existencia de error que invalida el consentimiento prestado lo que acarrea la nulidad de dicho contrato.

CUARTO

.-A juicio de la Sala resulta determinante el contenido de la cláusula 11ª del contrato nominado como "Contrato Marco de Permuta Financiera de tipos de interés" pues Sr. Juan Pablo ,Gerente de la mercantil demandante, iba cumpliendo con sus obligaciones de pago hasta que la situación de su empresa es de "asfixia económica" -desbordante se califica por él mismo- y cuando se plantea la cancelación de lo que él siempre ha denominado como "seguro" y así lo ha entendido desde el principio y conoce su elevado coste: nada menos que 30.000 €, es cuando busca soluciones "muy urgentes" -vid carta antes mencionada- para terminar impetrando el auxilio de los Tribunales.

QUINTO

.-La Juez a quo describe perfectamente las características de éste contrato también conocido como "SWAPS de intereses o IRS".

Pues bien, el objetivo o finalidad de contratación en el caso que nos ocupa fue reducir el riesgo de fluctuación del tipo de interés variable contratado. Y algo tan sencillo: reducir el riesgo de fluctuación del tipo de interés variable pactado con la entidad así no se

explica en el contrato. Léase los términos de redacción de la cláusula 1ª y 2ª del mismo sobre su objeto y sobre lo que se entiende por permuta financiera de interés: simplemente incomprensible. Sucede que los intereses subían en la época señalada a velocidad de vértigo pero existió un repunte a la baja que perjudicó enormemente a la empresa demandante, actual apelada.

Es de perogrullo destacar que en general, cuando se contrata un seguro, porque así lo entendió el Sr. Juan Pablo es decir: como una especie de "seguro", cualquier ciudadano sabe que se cubre un evento que de acaecer sus consecuencias le pueden suponer un perjuicio económico, el contrato cubre ese riesgo, por tanto, "pago mi seguro- su correspondiente prima-para tener la tranquilidad que me supone saber que si sucede el siniestro o acontecimiento cubierto el perjuicio económico lo tengo resuelto", y obviamente, no se piensa que esa cobertura nos puede "hundir" porque teniendo pleno conocimiento de ese dato no contratamos, es decir, no asumimos ninguna aventura.

SEXTO

.-Como de modo exhaustivo reseña la Juez a quo, los Tribunales ya se han pronunciado en supuestos idénticos o similares al ahora revisado y la mayoría lo están haciendo a favor del cliente aun cuando el recurrente reseñe dos Sentencias en sintonía con su tesis- nos referimos a la AP de Ávila y una Sección de la de Valencia- pero insistimos, la mayoría de Sentencias que conforman la conocida en el foro como "Jurisprudencia menor" no están dando la razón a las entidades bancarias.

Destaquemos entre las primeras y por orden cronológico: la [Sentencia nº 80/09 de la AP de Jaén , Sección 3ª, de fecha 27 de marzo de 2009](#) ó [St dictada por la AP Córdoba , Sección 2ª, de 27 May. 2011](#) , Sentencia nº 1228/2009 de fecha [1 de Septiembre de 2011](#) dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona interpuesta contra BANCO SANTANDER.

Y entre las más recientes: [St dictada por la AP Cádiz , Sección 5ª, de 23 Ene. 2012](#) , Sentencia nº 29/2012 de fecha [27 de enero de 2012](#) dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, St. dictada por la AP Sta Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 31 Ene. 2012, [Sentencia nº 40/2012 de fecha 02 de Febrero de 2012](#) dictada por la Audiencia Provincial de Burgos-ambas , las de la AP de Burgos, estimando demandas interpuestas contra CAJA DE AHORROS DE SALAMANCA Y SORIA (CAJADUERO)-, [St dictada por la AP Asturias , Sección 7ª, de 20 Ene. 2012](#) contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., donde se determina que: "Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tipo de contratos de permuta de tipos de interés, conocidos con las siglas "IRS" ("Interest Rate Swap") o contratos "SWAP" (en inglés "permuta" o "intercambio"), en Sentencias de 29 de octubre, [10 y 16 de diciembre de 2.010](#) , y [18 de febrero](#) , 24 de mayo, [10 de junio y 3 de noviembre de 2.011](#) , entre otras, y ya en la primera de las citadas, que ha adquirido firmeza...", Sentencia nº 54/2012 de fecha 01 de marzo de 2012 dictada por la Audiencia Provincial de Navarra interpuesta contra BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S.A.

Ó [Sentencia dictada por la AP León , Sección 1ª, de fecha 1 Marzo 2012](#) que trata de éste tipo de contratos "ATÍPICOS e INNOMINADOS", Sentencia que estima el recurso de apelación interpuesto contra la de instancia por lo que con su revocación acoge la demanda de nulidad de contrato de permuta financiera o swap, por error y dolo tratados como vicios del consentimiento, definiendo la naturaleza jurídica del producto contratado

como "complejo y especulativo"y concluyendo que: "La entidad financiera incumplió su deber de información que fue insuficiente y confusa, lo que ocasionó una creencia equivocada en el cliente del producto que contrataba,**sin que pueda considerarse como parte de la información ofrecida la documentación de lo contratado que constituye el documento que firma el contratante corroborando su consentimiento...**Teniendo el error carácter excusable pues el demandante no pudo conocer, en su condición de **cliente minorista**, los riesgos del negocio empleando una diligencia media...Existiendo falta de diligencia y transparencia al ofrecer al clienteun producto que no solicitó expresamente y con un riesgo desconocido, con omisiones que revelan una reticencia dolosa a informar sobre hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, lo que constituye también un vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato"...

Sentencia que como hemos dicho precisamente trata de la contratación del mismo producto también con "cliente minorista"-vid documento nº 7 aportado con la contestación-donde se arguye que resulta inaplicable la doctrina de los actos propios al "ser irrelevante que el demandante percibiera la liquidación positiva sin protesta, dada la gravosidad de la**cláusula de vencimiento anticipado**fijada en el contrato sin que tal conducta suponga aceptación de los incumplimientos de los deberes de información, diligencia y transparencia"...

SÉPTIMO

.-Aplicada esa doctrina al caso que nos ocupa ya se adivina cuál va a ser la suerte del recurso.

En efecto, respecto de la legislación que regula la materia, la tendencia del legislador a aumentar la protección de la cliente en cuanto a la obligación de información de las entidades financieras se plasmó en el [Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero](#) sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión -y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la [Ley 35/2003, de 4 de noviembre](#), de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el [Real Decreto 1309/2005](#) -, siendo aplicable al supuesto que revisamos por la fecha del reiterado contrato, la modificación de la Ley reguladora del Mercado de Valores- [LMV](#) -: [Ley 24/1988 de 28 de Julio](#), modificación que entra en vigor en virtud de [Ley 47/2007 de 19 de Diciembre](#).

OCTAVO

.-Conforme a dicha legislación las entidades que prestan servicios de inversión tienen que proporcionar a sus clientes una descripción de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros.

En suma y con carácter, ésta vez sí, inexcusable las entidades que prestan servicios de inversión deben mantenerdebidamente informadosa sus clientes respecto del producto que se les ofrece y/o van contratar pero es que además, esa información debe incluir una explicación "comprensible" de sus ventajas e inconvenientes ó riesgos, no sólo una información mecánica con un cuestionario de adhesión,"prefabricado" y rellenado en la sucursal bancaria por ordenador y también de forma automática.

En ese sentido el [artículo décimo noveno](#) del [Real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril](#)

de medidas de reforma económica, relativa a instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, disponía que: 1º/Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. Art.19-Apartado 2º: "Dichas entidades ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios dictadas al amparo de lo previsto en el [artículo 48.2](#) de la [Ley 26/1988 de 29 de julio](#), de disciplina e intervención de las entidades de crédito".

Por tanto debe ser exigible a los bancos y en general, a las corporaciones que presten servicios de inversión, el mismo plus que venimos exigiendo a las aseguradoras.

Y en esa línea, es decir, en la línea de apremiar a dichas entidades para que actúen con la misma diligencia, trasladado el caso a un supuesto de seguro de vida en relación con una declaración de estado de salud, éste Tribunal se pronunciaba en [Sentencia de 29/07/2011](#) dictada en Rec.nº 23/11 y señalábamos que: "Es preciso plantearse hasta qué punto puede modular la omisión de datos relevantes sobre el riesgo el hecho de que se trate de un contrato de seguro unilateralmente impuesto y vinculado a una operación de préstamo suscrito con la entidad bancaria que predetermina la entidad aseguradora, generalmente perteneciente a su grupo empresarial... Exigir en este caso la aplicación del [artículo 10 LCS](#) para conseguir la rescisión del contrato por incumplimiento del deber de declaración del riesgo iría en contra de las exigencias de la buena fe en la medida en que el incumplimiento del deber de declaración del riesgo ha sido motivado en parte por quien lo alega, al haber presentado a la firma del asegurado un **contrato de seguro predispuesto, con una declaración genérica** sobre el estado de salud no resaltado entre el resto de cláusulas, agolpadas a un único espacio en letra poco marcada y en la misma página y cuya redacción admite varias interpretaciones... Como apunta la SAP Badajoz 40/2009 de 4 de enero en un caso similar de suscripción de seguro de vida (vinculado a un préstamo con garantía hipotecaria), no es posible atribuir al asegurado dolo o mala fe a efectos del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro cuando consta que el "boletín de adhesión" no ha sido confeccionado materialmente por el asegurado, que éste se limitó a firmar, que es absolutamente genérico e impreciso, y que adolece de la falta de rigor y de la mínima seriedad que debe presidir la cumplimentación del mismo...".

NOVENO

.-Esta doctrina reflejada en dicha Sentencia la aplicamos al caso revisado en relación con los conocidos como "Test MiFID" (test de idoneidad y test de conveniencia) pues en efecto, obra un test de idoneidad sobre el cual se acredita que se rellenó en el mismo Banco con un ordenador de la oficina bancaria de modo mecánico y sin que se le fuese preguntando a la vez que iba entendiendo el demandante. Y respecto del documento nº 3 que se aporta con la contestación a la demanda, éste no aparece firmado por el demandante, quien en todo momento sostiene que no le informaron de las consecuencias negativas del contrato.

DÉCIMO

.-En conclusión, la Sentencia apelada declara que la entidad BANCAJA no cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente pues como acertadamente argumenta la Juzgadora a quo, tiene que existir un plus de diligencia y un plus de explicación o información suplementaria al mero contrato.

A mayor abundamiento, la Sala hace especial hincapié además en la existencia de cláusulas ambiguas y contradictorias pues en el Exponendo III del contrato marco de permuta financiera textualmente se dice: III Que el TITULAR (es) conoce y acepta los riesgos inherentes que van ligados a las operaciones de permuta financiera de tipos de interés , tales como la volatilidad o evolución de tipos de interés ,pudiendo en caso de aumento o disminución de tipos de interés contrarios a los esperados por el TITULAR(es) quedar minorados o incluso anulados los beneficios esperados a consecuencia de la formalización del presente contrato...

Y ésta cláusula contradice parte del contenido del anexo a dicho contrato pues al demandante en el mismo se le informó sobre la posibilidad en caso de disminución de los tipos de interés-como así ocurrió- de una minoración o incluso anulación de beneficios pero no de la existencia de pérdidas porque no es lo mismo no obtener beneficios que sufrir pérdidas.

Así sobre un litigio relacionado con un contrato de gestión de riesgos financieros, en Rec. unipersonal nº 143/10-Ponente Ilmo .Sr.Magistrado Nebot De La Concha , integrante de éste Tribunal-se señalaba que..."Si a eso añadimos que en el exponendo del contrato se dice que en todo caso se podrá reducir o anular el beneficio económico esperado pero no se habla de pérdidas...Lo ofertado no concuerda con lo contratado y ello por culpa de quien hace la oferta y redacta el contrato y en esa tesitura no puede sino hablarse de falta de consentimiento, no puede hablarse sino de contrato nulo."

UNDÉCIMO

.- Desestimándose el recurso interpuesto y en orden a la imposición de las costas de conformidad con lo prevenido en el artículo 398, en relación con el 394, ambos de la [LEC](#) , se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal decide:

F A L L O :

DESESTIMAMOS el Recurso de Apelación formulado por BANCAJA representada en la alzada por el/la Procurador/a Sr/a. Sonia Herreros Olivas contra la Sentencia de fecha 16 de junio 2011

dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de LA RODA en los Autos de Juicio ORDINARIO nº269/10, de los que el presente Rollo dimana y en consecuencia:**CONFIRMAMOS** dicha Resolución ÍNTEGRAMENTE con imposición al apelante vencido de las COSTAS causadas en la alzada.

Contra la presente Resolución no cabe Recurso alguno.

Notifíquese la presente observando lo prevenido en el artículo 248- 4º de la [LOPJ](#).

Líbrese Testimonios de la presente Resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra Sentencia definitivamente juzgando, lo pronunciamos y mandamos. Firman los Ilmos. Sres. Magistrados y Magistrada: DON ANTONIO NEBOT DE LA CONCHA, DOÑA MARÍA DE LOS ANGELES MONTALVÁ SEMPERE y DON JUAN MANUEL SÁNCHEZ PURIFICACIÓN.-

E/

9.Legislación

- ❖ Directiva *MiFID* (Markets in Financial Instruments Directive) 39/2004, de 21 abril de 2004. (LCEur 2004\1848).
- ❖ Ley 47/2007, de 19 de diciembre 2007. Ley de Mercado de Valores. (RCL 2007\2302).
- ❖ Ley 36/2003, de 11 de noviembre 2003. Política económica, Medidas de reforma económica. (RCL 2003\2651).
- ❖ Orden EHA\2899\2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- ❖ Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. . (BOE-A-1889-4763).
- ❖ Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril 2003. Ordenación económica, Medidas de reforma económica.
- ❖ Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero 2008, de Empresas de servicios de inversión. (RCL 2008\407).

10. Anexos

Anexo documentación

1. “El supremo anula un ‘swap de inflación’ porque el cliente desconocía lo que firmaba”. El Mundo, Madrid, 2014. [Visitado el 23/04/2014].

<http://www.elmundo.es/economia/2014/02/18/53034ea0ca4741255a8b456e.html>

2. BATALLA, Margarita. “El supremo obliga a Caixa Penedès a anular contrato de ‘swaps’”. El periódico, Madrid, 2014. [Visitado el 23/04/2014].

<http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/supremo-obliga-caixa-penedes-anular-contrato-swaps-3113611>

3. GOROSPE, Pedro. “Atrapados en una red de ‘swaps’ y ‘puts’”. El País, Bilbao, 2014. [Visitado el 23/04/2014].

http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/03/03/paisvasco/1393803469_321652.html

BANCA Caixa Penedès no le hizo el examen de conocimientos financieros

El Supremo anula un 'swap de inflación' porque el cliente desconocía lo que firmaba

- Cuando el IPC pasaba de cierto punto, la caja compensaba al cliente
- Sin embargo, cuando bajaba de otro nivel, el cliente pagaba al banco
- La caja vendió el producto al consumidor como un seguro contra la inflación

EL MUNDO Madrid

Actualizado: 18/02/2014 **13:14 horas**

El Tribunal Supremo ha confirmado la nulidad de un contrato de **'swap' de inflación** porque el cliente dio su consentimiento a su oficina de **Caixa Penedès** sin tener los suficientes conocimientos financieros sobre su inversión, algo que la caja no comprobó.

Los 'swaps', contratos de permuta financiera, son productos **más cercanos a una apuesta que a un seguro**. En este caso vinculado a la evolución de los precios, cuando la inflación supera cierto punto el banco paga al cliente la diferencia. Sin embargo, y esto es que lo que muchos usuarios desconocen, cuando la inflación baja de cierto punto, es el cliente el que paga a su entidad.

En el litigio resultó "probado que **el producto fue ofrecido aprovechando la relación de confianza**" del subdirector de la oficina en Palamós con el administrador de la sociedad inversora, "que no tenía conocimientos financieros específicos", explica en un comunicado el Supremo.

"Tampoco se cumplían los requisitos legales para considerar a la sociedad mercantil como inversor profesional, ni existió prueba alguna de que se hubieran realizado los test de conveniencia e idoneidad", añade.

La única información previa a la firma del contrato de la que queda constancia son **dos correos electrónicos cruzados** en los que "no se informaba del riesgo de la operación, sino que se explicaba el producto como si se tratara de un seguro financiero frente a la inflación".

En el litigio, el cliente instó a la nulidad del contrato "**por vicio del consentimiento e incumplimiento de la normativa MiFID**". Esta obliga a realizar un **test de conveniencia** para comprobar que el producto financiero se adecua al consumidor según sus conocimientos (estudios y profesión) y su experiencia (frecuencia y volumen de operaciones).

En el caso de que el banco o caja preste servicios en materia de inversiones o gestión de carteras, se debe aplicar el **test de idoneidad**, aún más exigente al realizarse un examen completo del cliente. En este caso, Caixa Penedès no lo hizo.

El Supremo recuerda que, ante la "complejidad" de los 'swap', cada vez más populares entre los clientes, "se hecho necesario proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros".

El Supremo obliga a Caixa Penedès a anular un contrato de 'swaps'

El tribunal falla que la caja incumplió el deber de informar al cliente al venderle un seguro de tipos de cambio

MARGARITA BATALLAS / Madrid

MARTES, 18 DE FEBRERO DEL 2014 - 13.45 H

El **Tribunal Supremo** ha **fallado** contra **Caixa Penedès** por incumplir el **deber de informar** a un **cliente minorista** sobre un producto financiero complejo, en este caso un contrato **'swaps'** --una especie de seguro contra la evolución de los tipos de interés-- por importe de 400.000 euros que queda anulado.

El tribunal destaca que Caixa Penedés ofreció el producto aprovechando la relación de confianza con el administrador de la sociedad inversora, que no tenía conocimientos financieros específicos, ni existió prueba alguna de que se hubieran realizado los test de conveniencia e idoneidad.

El tribunal añade que en un caso como éste, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía en qué consistía el 'swap' que contrataba y sus riesgos, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. En el asunto del pleito, en la primera liquidación del contrato resultó una deuda para el inversor de 12.343 euros.

Atrapados en una red de 'swaps' y 'puts'

Centenares de pymes sufren en sus resultados las consecuencias de contratar productos financieros de riesgo que suscribieron pensando que eran seguros

PEDRO GOROSPE Bilbao 3 MAR 2014 - 00:37 CET



Ainhoa Intxaurrendieta, presidenta del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, y su director general, Antton Lete, cuando presentaron en mayo de 2013 la denuncia contra dos bancos y una consultora por los créditos 'swap' para financiar la incineradora de Zubieta. / JAVIER HERNÁNDEZ

Puede resultar bastante decepcionante que en un país como Euskadi los *swaps* —contratos de permuta financiera— y los *puts* —derechos de venta de bienes o valores— no se hayan vasquizado hasta el punto de referenciarse, por ejemplo, a una final del Manomanista o al número de alzadas de un *harrijasotzaile* con la piedra de 280 kilos.

No se ha hecho quizás porque el tiempo y la crisis se les ha echado encima a los laboratorios de ingeniería financiera, pero casi. Entre 2005 y 2010 se han dado miles de casos de empresas, en su mayoría pymes, y alguna que otra Administración pública, que compraban productos financieros bajo la apariencia de seguros para cubrirse de las eventuales subidas del euríbor o proteger sus inversiones, pero que en el fondo estaban firmando apuestas similares a las que hacen los asiduos a los frontones y entregando derechos de compra o venta de bienes y acciones sin conocer sus riesgos.

Centenares de ellas se han quedado entrampadas en este tipo de productos, que empezaron a popularizarse en España a mediados de la pasada década y que están obligando a empresas y Administraciones a realizar desembolsos extraordinarios, y en ocasiones a cerrar sus puertas en el caso de pymes, al no poder hacer frente a los cargos generados. La gran mayoría los sufre y los paga en silencio. Apenas un 5% se decide a denunciar a sus entidades financieras después de sentirse engañados. El 90% de quienes demandan termina ganando en los tribunales.

[La pasada semana se celebraba en San Sebastián la vista oral](#) de la causa presentada por el Consorcio de Residuos de Gipuzkoa (GHK, en sus siglas en euskera) contra varias entidades de crédito. Un *swap* firmado por el anterior equipo de gobierno foral está obligando al Consorcio a pagar liquidaciones de 500.000 euros mensuales, vinculadas a la previsión de gasto de un crédito para financiar el proyecto de la incineradora de Zubieta. Los intereses por el capital dispuesto —9,7 de los 98 millones previstos— ascienden solo a 15.000 euros mensuales.

Muchos comerciales de bancos desoyeron las recomendaciones del supervisor

El plan de alzar esa infraestructura se paralizó, pero los gastos no estaban referenciados al ritmo real de la inversión, sino que blindaban el ritmo previsto del gasto. Coste total de momento para las arcas públicas: seis millones de euros. En este caso había una intencionalidad política en la operación: evitar la paralización del proyecto.

No es el caso de las que afectan al sector privado. “Dos socios de una pequeña empresa dedicada a la albañilería invitaron a su amigo del banco al *txoko* y este les colocó un *swap* a los postres sin pestañear. No cerraron de milagro”, explica un empresario alavés que tuvo que llegar hasta el Tribunal Supremo para que le cancelasen dos *swaps* referenciados a los tipos de interés que le abrieron sendos agujeros de casi 300.000 euros en su cuenta de resultados.

Los *swaps*, un producto financiero complejo diseñado originalmente para limitar riesgos, como una especie de seguro para evitar los precios a la baja de una cosecha, de una moneda, o de un índice como el euríbor o el IPC, se han convertido en una trampa. La gran pregunta que se hacen todos los magistrados en los juicios es si las entidades financieras sabían que el euríbor iba a caer. De ser así, sus carteras de créditos de tipo variable —casi todos— suponían un riesgo. De ser así, las entidades, con la excusa de proteger a sus clientes, estarían protegiendo de verdad sus propias inversiones y trasladando a aquellos el efecto del abaratamiento del precio del dinero.

El *swap*, o contrato de permuta, se basa en que el banco y el cliente intercambian los riesgos. El tomador de un crédito variable ingresa al banco en los periodos prefijados a un tipo fijo para eliminar la penalización de una eventual subida —es decir, se convierte el variable en un fijo, de hecho— y el banco le liquida en periodos similares en función de la marcha del euríbor o del IPC o del precio de una moneda al que estuviese referenciado el *swap*. Es decir, es el banco el que asume la variación. Si el índice sube, el cliente encantado, porque sale beneficiado con ingresos. Si el euríbor baja, como lleva haciendo los últimos tiempos, el coste

recae sobre quien ha convertido en fijo su variable, porque los ingresos se convierten en cargos.

El BBVA ya aseguraba en 2007 en su informe *Situación de España* que el ciclo cambiaba. Aunque posiblemente nadie era capaz de aventurar lo que se avecinaba, el banco explicaba que en un entorno europeo con menor crecimiento, con presiones inflacionistas contenidas y un tipo de cambio apreciado, el BCE podría rebajar los tipos en 25 puntos básicos a principios de 2008. Como consecuencia, las previsiones del euríbor se ven revisadas a la baja en 0,75 puntos porcentuales, hasta el 3,9%. El euríbor ha caído al final hasta mínimos históricos: cerró febrero pasado en el 0,549%. Lehman Brothers quebró el 15 de septiembre de 2008, abriendo la crisis que aún se arrastra.

Cientos de sentencias rechazan esa forma de comercializar los productos

“No se trata de cuestionar el producto, que a veces también, sino de cómo lo comercializaron y del tipo de perfil que eligieron las entidades para colocarlos”, explica la exmagistrada y profesora de la Universidad de Deusto Marisa Gracia, también letrada de la [Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios \(Ausbanc\)](#).

Es lo que Tribunal Supremo define como “esenciabilidad y excusabilidad”. Es decir, procede anular un contrato cuando queda demostrado que al cliente no se le informó sobre aspectos esenciales del mismo, hasta el punto de que pensó que firmaba un producto que le protegía de ciertos riesgos, cuando era algo aleatorio y con tintes especulativos. Y, además, era colocado a un cliente sin conocimientos suficientes para discernir los riesgos de lo que firmaba.

Centenares de sentencias se acumulan ya en contra de esa manera de comercializar los productos, pero las empresas afectadas siguen resistiéndose en muchos casos a acudir a los tribunales y prefieren pagar, si su agujero no es demasiado grande, y así evitar enfrentarse a su banco de toda la vida en un pleito que le puede llevar varios años.

[El pasado enero, un juzgado de Vitoria anuló dos contratos](#) de ese tipo de derivados que habían causado pérdidas de cinco millones a una empresa de cartonajes sobre un crédito de otros cinco millones. Eseswap tenía una vertiente

adicional. Se trataba de un producto denominado *Swap apalancado euríbor-BBVA*. La apuesta estaba referenciada al precio final que iba a tener la acción del BBVA al vencimiento, en este caso dos años. Si las acciones subían — “es lo normal, no te preocupes”— la vida seguía igual para el firmante, la opción del banco —el Popular en este caso— se desactivaba y el cliente lograba reducir su crédito en un 0,3% sobre el euríbor. A la empresa se lo ofrecieron como un producto especial para los mejores clientes.

Pero si el valor de la acción del banco bajaba (y se desplomó) el cliente tenía que hacer frente a la diferencia entre el valor de la acción fijado como objetivo (*strike*), y el real ese día, dividido entre el *strike* y multiplicado por el importe nominal suscrito, los cinco millones del crédito que la firma necesitaba para un pabellón. A esta pyme de Vitoria se le abrió un agujero de 2,5 millones, que el banco resolvió con otro swap que causó otra deuda de 2,5 millones adicionales. “El *swap* se lo colocaron al contable por teléfono”, critica Gracia, quien demandó al Popular: Un nominal de cinco millones había abierto un agujero de otros cinco en cuatro años, de 2007 a 2011.

Las sentencias muestran que muchos de los comerciales de las entidades financieras hicieron caso omiso de las recomendaciones de la CNMV, que exigía “explicar de forma suficientemente detallada la naturaleza del producto y dejando clara que la exposición al riesgo puede conllevar la pérdida total o sustancial” del dinero del inversor. Los demandantes juran que no tenían ni idea.

“En ocasiones, el moroso es el banco y tenemos que ejecutar la sentencia”, critica Gracia, como ha sucedido con el caso de un lechero de Cantabria, que pidió un crédito para la sala de ordeño y le colocaron un *swap* que le costaba 30.000 euros.