



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

Juzgado de Primera Instancia e
Instrucción N° 1
C/ Pablo Sarasate, n° 4 1ª Planta
Tudela
Teléfono: 948 820034
Fax.: 948403029

Procedimiento; **JUICIO ORDINARIO**
N° Procedimiento: 0000730/2010

NIG: 3123241120100002382
Materia: Otras materias
Resolución: Sentencia 000010/2011

Intervención:
Demandante
Demandante
Demandante
Demandado

Interviniente:

CAJA DE AHORROS Y
PENSIONES DE BARCELONA

Procurador:
JUAN BOZAL DE ARÓSTEGUI
JUAN BOZAL DE ARÓSTEGUI
JUAN BOZAL DE ARÓSTEGUI
JESÚS IGNACIO HUALDE GARDE

SENTENCIA N° 10/2011

En Tudela, a 31 de enero de 2011.

Vistos por el limo D. OCTAVIO TOBAJAS CALVEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 1 de Tudela y su Partido, los presentes autos de Juicio Ordinario n° 0000730/2010, seguidos ante este Juzgado a instancia de Dña. , y , representados por el Procurador DJUAN BOZAL DE ARÓSTEGUI y asistidos por el Letrado D. IGNACIO JOSÉ FERRER-BONSOMS HERNÁNDEZ contra CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA representado por el Procurador JESÚS IGNACIO HUALDE GARDE , sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO,- Por el Procurador de los Tribunales D. Juan Bozal de Arostegui en la indicada representación y mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio ordinario en la que tras aducir los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación terminaba suplicando se dictara sentencia por la que tras estimar la demanda, se condene al demandado a lo que consta en el suplico de la misma.

SEGUNDO,- Admitida a trámite la demanda por decreto de 4 de junio de 2010, se emplazó al demandado, compareciendo en tiempo y forma oponiéndose a la misma.

En el transcurso gran parte de los demandantes desistieron de su acción, continuando el procedimiento a instancia de D, D, y D^a.

TERCERO,- Señalada para el día 12 de noviembre de 2010 la audiencia previa, a la misma comparecieron las partes sin que se lograra conciliación entre las mismas, tampoco alegaron excepción procesal que obstará la prosecución normal del proceso. Se fijaron los hechos controvertidos y se intentó una nueva conciliación también sin éxito.

Recibido el pleito a prueba, la actora propuso: interrogatorio de la parte, documental y pericial; por la demandada se propuso: interrogatorio de la parte, testifical, pericial y documental. Todos los medios probatorios fueron admitidos excepto parte de la documental de la actora por innecesaria.

CUARTO.- En el acto del juicio, celebrado el día 26 de enero de 2011 se practico toda la prueba, excepto las aclaraciones al dictamen pericial de la demandada por no comparecer, y en el mismo acto los Letrados de las partes formularon oralmente sus conclusiones quedando las actuaciones conclusas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores interesan, respecto del contrato de permuta financiera de tipos de interés (SWAP) suscrito entre las partes la nulidad de los mismos por vicios en el consentimiento a la hora de suscribirlo, y la devolución de lo abonado (una vez descontado lo percibido en las liquidaciones positivas) hasta la fecha de interposición de la demandada, más lo que abone hasta que se dicte sentencia.

La demandada se opone a la demanda.

SEGUNDO.- En general, un sector doctrinal define el contrato de SWAP como una transacción financiera en virtud de la cual diversos organismos o empresas acuerdan intercambiarse flujos de pagos en el tiempo con la mutua suposición de verse ambos favorecidos en el trueque. Costa Ran y Font Vilalta la definen como una transacción financiera en la cual dos partes contractuales acuerdan intercambiar extremos de pagos (cargas financieras) o cobros (activos) en el tiempo. Por último, en el Dictionary of Banking Terms americano que puede considerarse la Biblia del mercado financiero, TP Fitch define el SWAP como un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable (Swap de tipos de interés) o una divisa por otra (Swap de divisas) o para intercambiar pagos de intereses calculados a tipo fijo en una divisa por pagos de intereses calculados a tipo variable en otra divisa (Swap mixto).

Centrándonos en el SWAP de tipos de interés, o lo que es lo mismo la permuta de tipos de interés, que es lo que nos ocupa, se puede afirmar que se trata de un contrato financiero suscrito entre dos partes, usualmente un banco y una empresa, aunque también pueden ser dos empresas, que acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia (Principal Notional Amount) los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos sobre dicho nominal, a un plazo determinado. Tales coeficientes se denominan, como es usual en el mercado financiero, tipos de interés, aunque no son tales, puesto que no existe préstamo del capital acordado que queda únicamente como quantum de referencia. La finalidad del contrato es posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las pérdidas que puedan padecer debido a las modernas y frecuentes fluctuaciones de los tipos de interés, de modo que siendo una empresa prestataria, por ejemplo, a tipo fijo y esperando una próxima caída generalizada de los tipos de interés

pueda contratar con una Entidad financiera un límite o quantum de idéntico importe a interés variable, por plazo conveniente, pactando que esta última le pagará los diferenciales en caso de caer efectivamente los tipos; o bien por el contrario, obtener un tipo fijo, cuando se tiene suscrito un tipo variable presumiblemente desfavorable. El nominal de referencia ha de pactarse en una única moneda sin que exista como se ha dicho transmisión alguna del mismo, sino sólo el intercambio de unos pagos parciales hasta una fecha determinada para la conclusión del contrato. Desde luego, puede pactarse una única liquidación final, que en cualquier caso se habrá de practicar compensando los créditos y deudas mutuos, como también ocurrirá en el supuesto de vencimiento anticipado, que podrá tener lugar por las causas habitualmente acordadas, como son el impago de alguna cantidad parcial, la declaración de suspensión de pagos o quiebra u otra similar. De manera muy simple podemos definir esta modalidad de SWAP como aquel contrato en el que una de las partes asume el pago del tipo de interés variable correspondiente a la deuda de la otra parte que, y esta el pago del tipo de interés fijo correspondiente a la deuda de la primera.

La doctrina ha discutido igualmente sobre la naturaleza jurídica del contrato de SWAP asimilándose al contrato de permuta, al de compraventa de futuro o al seguro de cambio.

La asimilación a la permuta puede observarse incluso en la propia denominación española del contrato: permuta financiera. Sin embargo, en el SWAP no puede considerarse una permuta en el sentido técnico-jurídico ya que en el contrato de SWAP no hay un intercambio de cosas, ni siquiera de dinero, sino obligaciones recíprocas de pagos de cantidades de dinero indeterminadas, pero determinables en función de ciertos criterios establecidos en el momento de la formalización del contrato; en el contrato SWAP no se intercambian cosas (art. 1538 Ce), sino que se intercambian valores, es decir, obligaciones de pago dinerarias, lo que desnaturaliza la permuta como ya tuvo ocasión de señalar la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1942, y como luego ha venido reconociendo la jurisprudencia menor que ha estudiado esta figura. La denominación, como señala Santaella López, de permuta tiene más bien un sentido metafórico.

Tampoco puede asimilarse el SWAP a la compraventa de futuro, ya que la causa y el objeto de ambos contratos es diferente, ni al contrato de seguro de crédito (en el SWAP no se paga una prima por el riesgo asegurado sino que ambas partes asumen una posición equivalente con la obligación de realizarse pagos recíprocos).

En consecuencia, es preciso concluir que nos encontramos ante un contrato atípico y autónomo, importado del sistema jurídico anglosajón, que guarda ciertas similitudes con los contratos apuntados pero que tiene características propias y no se identifica con ninguno de ellos.

Al respecto de las características de este contrato, se puede indicar que:

A) Es un contrato único y principal. No son varios contratos ligados entre sí, sino un solo contrato que genera diversas

relaciones

obligatorias, y que no necesita de otros contratos para desplegar sus efectos.

B) Es un contrato atípico, no regulado como tal en nuestro Derecho, aunque se haga mención al mismo la legislación fiscal.

C) Es un contrato consensual, que se perfecciona por mero acuerdo de

de voluntades, no precisando forma escrita, aunque a efectos de su reclamación por vía

judicial puede resultar más ventajosa esta última si se incorpora además a un

documento público.

D) Es un contrato bilateral, generador de recíprocas obligaciones a cargo de las dos partes.

E) Es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca o más bien una interdependencia entre las prestaciones de las dos partes, de modo que cada prestación actúa como contravalor de la otra, resultando de aplicación la "exceptio non adimpleti contractus".

F) Es un contrato de duración continuada que no se agota en la realización de una sola prestación, sino que abarca sucesivas prestaciones que se van materializando a través del tiempo de vigencia del contrato.

G) Es un contrato en el que se intercambian obligaciones económicas y no supone intercambio de las obligaciones legales suscritas. Es decir se permutan los medios de pago y no los pagos en sí.

H) Es un contrato en el que las partes actúan en posición de igualdad estableciéndose un auténtico equilibrio de las prestaciones por lo que no serán aplicables en este caso las normas que establecen una especial protección para la parte más débil de la relación contractual.

I) Además, y como indica Duce Sánchez de Moya, tiene un innegable carácter aleatorio, que la sentencia de 1 de enero de 1991 del Juzgado de primera Instancia nº 7 de Madrid, llega a calificar incluso como especulativo cuando establece el pago diferencial entre los intereses intercambiados. Y aunque podrían entrar en juego las normas relativas a la apuesta (art. 1.799 del Código Civil), la cuestión puede considerarse salvada teniendo en cuenta que la finalidad esencial de la permuta financiera no es la especulación sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones de los mercados financieros.

No obstante, no podemos olvidar que hay un sector doctrinal y jurisprudencial que establece este carácter especulativo, así cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18 de junio de 2009 que establece que *"la finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es 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, hecho*

destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de interés, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder". También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de enero de 2010 (Sec 5ª) que recuerda que "en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente".

Todos los citados caracteres son reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina como propios del contrato SWAP o permuta financiera. Costa Ran y Font Vilalta lo tipifican además como un contrato

genuinamente "intuitu personae" cuyas referencias codificadas están en los arts. 346 y 325 del Código de Comercio. Es un contrato principal, con reciprocidad de derechos y obligaciones, consensualidad y onerosidad. Es sinalagmático o bilateral, dado que derivan de él derechos y obligaciones para ambas partes y tiene carácter conmutativo.

En cuanto a los efectos del contrato, como consecuencia de la suscripción de un contrato SWAP, las partes quedarán obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos recíprocamente pactados al nominal de referencia, durante los períodos que se acuerden, hasta el vencimiento del contrato. Como dice Díaz Ruiz, no parece adecuado hablar de pagos por intereses, dado que no existe transferencia de capital alguna que devengue tales intereses, se trata únicamente de una cifra de referencia que sirve como base de cálculo de las cantidades que cada parte se abonará recíprocamente por aplicación de unos tipos igualmente pactados y cuya percepción servirá para compensar, en su caso, una operación de crédito suscrita con un tercero en condiciones normalmente mas desventajosas. No obstante puede pactarse un solo pago inicial para una de las partes mientras resultan periódicos para la otra, o simplemente efectuarse pagos recíprocos por compensación, que incluso pueden ser liquidados al vencimiento normal o anticipado del contrato.

El contrato finaliza normalmente bien por cumplimiento a la techa de su vencimiento o bien por su cancelación voluntaria. Anormalmente finalizará por vencimiento anticipado en virtud de alguna de las causas de incumplimiento que usualmente se pactan y cuyo fundamento estriba en la "exceptio non adimpleti contractus" y en la posibilidad de solicitar la resolución del mismo al amparo del art. 1.124 del Código Civil.

TERCERO.- Respecto de la pretendida nulidad del contrato por

vicios en el consentimiento al haber mediado error.

Entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1261 Ce, se halla el consentimiento de los contratantes que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (art. 1262 Ce), siendo nulo el contrato cuando, ex art. 1265 Ce, el mismo se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Por ende, la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio; y si ello es así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato con mayor razón ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria, ámbito éste que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger al cliente, con la finalidad de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector en el que concurren, no sólo comerciantes y empresarios, sino todos los ciudadanos, que celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples a los más complejos, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

Pues bien, es doctrina reiterada (por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978 y 14 de febrero y 29 de marzo de 1994) que para que el error en el consentimiento tenga relevancia jurídica, conforme a lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 C.c, ha de reunir los dos fundamentales requisitos de ser esencial y excusable, es decir que es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración, y que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo 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 por la conducta de ésta (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1953, 27 de octubre de 1964 y 4 de enero de 1982), siendo mayor la diligencia exigida cuando se trata de un profesional o un experto, y menor cuando se trata de una persona inexperta que entra en negociaciones con un experto (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1974, 4 de enero de 1982 y 18 de febrero de 1994).

Es por ello por lo que el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 13 de mayo de 2009 señala que *«para anular el contrato por error de uno de los contratantes no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil que aquel sea excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia -*

sentencias de 7 de abril de 1.976, 21 de junio de 1.978, 7 de julio de 1.981, 4 de enero de 1.982, 12 de junio de 1.982, 15 de marzo de 1.984, 7 de noviembre de 1.986, 27 de enero de 1,988, 14 de febrero de 1.994, 6 de noviembre de 1.996, 30 de septiembre de 1.999, 12 de julio de 2.002, 24 de enero de 2.003, 12 de noviembre de 2.004, entre otras muchas - al examinar el vicio de que se trata, además de en el plano de la voluntad, en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva - y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, niega 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 producida, la concede a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.»

En consecuencia, el error, para que el mismo invalide el consentimiento provocando la anulabilidad del contrato, que no su nulidad radical (art. 1.265 C.c), es preciso no solo que se pruebe por quien lo alega (sentencias del Tribunal Supremo de 13 diciembre 92 y 30 mayo 95), sino que recaiga sobre la sustancia de la cosa o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (art. 1.266, párrafo primero C.c), habiendo dicho nuestro Tribunal Supremo que el error en el objeto al que se refiere el precitado precepto, para que invalide el consentimiento ha de recaer sobre de alguna de las condiciones que se le atribuyen a la cosa, y que ha de tratarse de error excusable es decir no atribuible a negligencia de quien lo alega, de tal forma que pudiera haber sido evitado mediante el empleo de una diligencia media (sentencias del T.S. de 3 mar/0 94. 6 noviembre 96, 30 septiembre 99 ó 12 de julio de 2.002, entre otras muchas).

A este respecto argumenta el Tribunal Supremo en sentencia 18 Feb. 1994 que *«La Sala en línea de principio y abordando el análisis del llamado error propio/vicio -a diferencia del obstativo- o sobre la declaración negocial rubricado en citado art. 1266,1 CC y, que es el subsumido en el litigio, y el influjo de su inexciñsabilidad que, de existir, habilite el axioma qui errant no consentiré ridetur, invalidando el negocio en que aquél haya acontecido, expresa que con la mejor doctrina, debe afirmarse que según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el arí. 7 CC. Es inexcusable el error (de la TS S 4 Ene. 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso jas personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continua- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada*

parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ejemplo, anticuarios en la TS S 28 Feb. 1974 o construcciones en la TS S 18 Abr. 1978). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (TS S 4 Ene. 1982) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye.»

Al hilo de esto, para apreciar esa diligencia exigible en el ámbito de la contratación bancaria, la jurisprudencia menor, por todas las sentencias de la A.P. de Valencia de 14 de noviembre de 2005 y 26 de abril de 2006, la de Jaén de 27 de marzo de 2009 o la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de abril de 2010, ha establecido acertadamente que corresponde a la entidad bancaria la prueba de la correcta, adecuada y suficiente información prestada a su cliente, en concreto, ésta última sentencia reseñada indica al respecto que *"en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información"*.

En lo que se refiere a la inexcusabilidad del error la sentencia de 13 de febrero de 2007 indica que *«es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, al interpretar lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil sobre los requisitos del error para que sea invalidante del consentimiento prestado, requiere no sólo que éste sea esencial, sino además que sea inexcusable; requisito que ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso. La sentencia de 12 noviembre 2004, con cita de las de 14 y 18 febrero 1994, 6 noviembre 1996, 30 septiembre 1999 y 24 enero 2003, afirma que «para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquél que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que*

lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento». Es decir, que la exigencia del carácter inexcusable del error es una medida de protección para la parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios. Y en el ámbito bancario, la sentencia de la A.P. de Pontevedra de 7 de abril de 2010 tras estudiar las Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009 (todas ellas referidas al SWAP y acompañadas por los actores a su demanda), señala que:

1.- El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta

financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.

2.- Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

3.- Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

4.- Entre la clientela tradicional, concedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento.

Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

5.- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera.

En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste

asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

Máxime cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como

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

En este sentido, como señala la SAP Valencia de 13 de noviembre de 2008 reiterando otra de 14 de noviembre de 2005, la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección, tanto en la fase precontractual - mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. Desde esta perspectiva, resulta incuestionable lo que a este respecto indica la SAP de Asturias de 27 de enero de 2010: *"El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en ja fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V . incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C .).*

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con e! discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia

y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y Í.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art. 5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

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

Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben de hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva.

La primera tiene que ver con la entidad bancaria como

contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones

asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido STS 20-1-2003)."

Por ende, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, referido a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establece el criterio que expresa su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la del año 2008 (páginas 116 y 117 y 135 y 136, respectivamente, que pueden consultarse en su página web) y que consiste en que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias.

A ese deber de información en la fase precontractual se refiere también la SAP Jaén de 27 de marzo de 2009 cuando establece que la tendencia del legislador ha sido más proteccionista de la clientela y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras, y señala que los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos.

En conclusión, a la hora de analizar la el error en el consentimiento por parte de una persona contratante de un contrato bancario complejo, como es el que nos ocupa, un swap, habrá que acudir tanto a su cualificación profesional, como al hecho de que antes de emitir su consentimiento contaba con toda la información necesaria y precisa, siendo que toda esa información obligatoriamente debía habérsela proporcionado la entidad bancaria, correspondiendo a ésta, la carga de la prueba de tal hecho,

pues el no haberla recibido constituye para el consumidor un hecho negativo. Si el consumidor contaba con toda la información y aún así contrató, su consentimiento no estará viciado; si por contra, no contaba con toda la información, su consentimiento estará viciado por error.

La demandada ha puesto en tela de juicio la complejidad del swap, acudiendo al Informe que el Banco de España remitió al Senado (doc. 1 de la contestación), en concreto cuando en la página 16 se dice que "su *funcionamiento es relativamente sencillo*", no obstante, lo cierto es que:

- A) La jurisprudencia, tal y como antes se ha citado, sí que mantiene que se trata de un contrato complejo.
- B) El propio Banco de España, más adelante, en ese mismo Informe (pag. 16 in fine y 17), señala que "*en atención a las características de los productos que nos ocupan*" resulta aconsejable proporcionar "*información específica adicional*" sobre dos concretos aspectos: 1) sobre las circunstancias bajistas de los tipos de interés y las consecuencias negativas de las liquidaciones ofreciendo al cliente "*un cuadro que cuantifique para el nominal del intercambio el importe mensual de cada liquidación en función de los distintos escenarios de tipos de interés*", y 2) identificación de la fórmula de cálculo para una cancelación anticipada.

Es decir, si fuera tan simple y sencillo como se pretende por la demandada, ni la jurisprudencia lo tildaría de complejo, ni el Banco de España (que también en ocasiones lo ha tildado de igual modo) en su Informe al Senado exigiría esa información específica adicional.

CUARTO.- Centrándonos ya en el caso que nos ocupa, nos encontramos con que:

1º) Los directores de las sucursales de la demandada donde contrataron los actores sus swap, se pusieron, por su propia iniciativa y a su exclusiva instancia, en contacto personal y directo (incluso llamándolos por teléfono) con los demandantes y otras clientes de sus oficinas, para ofrecerles éste producto financiero.

2º) El motivo que se aduce para ello es, por un lado que entendían que sus clientes estaban preocupados por sus hipotecas y la subida de los intereses, y por otro, por la alta siniestralidad que su entidad tenía fruto de dicha alza de intereses.

3º) Lo que ofrecieron a los actores era bien un seguro para garantizar que sus hipotecas, fruto de la subida de intereses, no se viera encarecida, bien un producto financiero gratuito que les aseguraría, garantizaría y protegería de la subida de intereses. Se afirma ello a la vista conjunta de:

- A) La verosímil y contundente declaración de los actores en sus interrogatorios, que afirman que les ofrecieron un producto para asegurar sus tipos de interés.

- B) El email enviado a el día 26 de febrero de 2010 (aportado por la actora en la audiencia previa), en el que expresamente el Director de la Sucursal Sr. Resano denomina el producto como de seguro.
- C) La propia redacción del contrato (docs. 88, 64, 65 y 110 de la demanda -piezas documentales de la demanda 3, 4 y 5 correspondientes cada una a cada uno de los actores). En efecto si observamos el expositivo I de los contratos en él se dice: *"que el cliente desea cubrirse ante el riesgo de incremento del tipo de interés variable aplicable"*, mientras que a renglón seguido en el expositivo II se señala: *"... el presente contrato de permuta financiera de intereses Con el objeto de cubrir parcialmente la exposición al riesgo de incremento de tipo de interés ..."*
- D) El informe pericial del Sr. Verdú (Economista, Profesor y Censor y Auditor de Cuentas) quién en el mismo (doc. 120 de la pieza 13 de documentos de la demanda -"comunes"-) que afirma que los riesgos en los contratos se definen de manera contradictoria (pag. 5 y 6 del mismo).

4º) El mismo día y en el mismo momento en el que les ofrecieron el contrato, los actores firmaron. Es cierto que los Directores manifiestan que hubieron varias reuniones previas, pero tal circunstancia no ha quedado acreditada, y tal prueba fácilmente la hubieron podido aportar a autos cuando resulta que los Directores estaban dicen que realizaron hojas de simulación con sus clientes al respecto de las consecuencias del swap a esa fecha, cada vez que se reunieran con ellos para hablar de la cuestión, pues el comportamiento del producto (a la hora susíancialmente de fijar el tipo de interés de referencia) podía ser distinto uno u otro día. Ninguna simulación de las que se dice se efectuaron se han aportado, ni tan siquiera las efectuadas el día de la contratación.

5º) Únicamente se informo a los actores de los aspectos que les beneficiaban, pero no de lo que les podía perjudicar; en este sentido, además de las respuestas de los Directores en su interrogatorio, resulta altamente esclarecedor el texto del contrato en el que, en dos ocasiones tan solo de manera expresa se habla de los riesgos concretos que los demandantes asumen, y nótese como se habla:

- A) En el expositivo III se dice: *"Que el presente contrato se ha configurado como diferencial. En consecuencia, se derivará del mismo un pago a favor del Cliente por parte de "la Caixa" en aquellos Periodos de Referencia en que el Tipo Financiero supere el Tipo Fijo, y viceversa"*. El posible riesgo para el cliente aparece velado y de manera residual (se usa la

expresión "y viceversa").

- B) En la cláusula 2 "Objeto del contrato", (que en puridad no se refiere al objeto, sino a las obligaciones que asumen las partes) se dice: *"En virtud del presente contrato, en cada Fecha de Pago el Cliente se obliga a pagar a "la Caixa" el Importe de Pago, si tiene signo positivo, y "la Caixa" se obliga frente al Cliente al pago del Importe del Pago, si tiene signo negativo, en la Fecha de Pago en el que finalice el Periodo de Referencia correspondiente"*.

Por ende, y tal y como también establece el Sr. Verdú (pag. 10 de su informe), aún esos posibles beneficios y pérdidas viene reflejadas de manera vaga y abstracta, esto es, en ningún sitio se concreta de manera clara y determinada en que consisten esos beneficios o en que podrá consistir el riesgo que lleve aparejada la pérdida y la determinación de ésta.

6º) Ni en la información precontractual (que no existe por escrito) ni en el contrato se establece clara, sencilla y fácilmente en que consiste el producto contratado. Si como se señaló en el acto del juicio el mecanismo básico del swap consiste en que si el interés supera el pactado la Caixa abona la diferencia, pero si el mismo no lo supera, es el cliente quién abona la diferencia entre ese interés y el pactado, en ningún momento se señala nada parecido (obviamente redactado de otra manera más técnica); un lugar lógico sería la cláusula 2 "Objeto del contrato", pero como ya se ha indicado y transcrito, en dicha cláusula pone lo que pone.

7º) Ninguno de los actores tiene conocimientos o experiencia financiera, sí, los tres tienen estudios universitarios (Historia, Enfermería y Relaciones Laborales), pero ninguno de ellos hace referencia a la materia financiera; ninguno de los tres tiene relación laboral con el mundo financiero (enfermera, expendedor de gasolina y vendedor). Si para un conocedor de la materia este tipo de contratos tiene su dificultad técnica, para un lego, la dificultad es insuperable, más aún sino se le explica convenientemente todas las consecuencias del contrato.

8º) Si se observan los test de conveniencia efectuados por la demandada antes de suscribir el producto, se observa que:

- A) La demandada sabía y le constaba que ni la Sra. ni Sr. conocían los mercados de valores, que nunca habían trabajado en empresas del sector financiero, que no tenían experiencia en la contratación de productos financieros y que tampoco tenían experiencia en los 12 productos bancarios que allí se signan; igualmente conocía que ninguno de los dos estaba dispuesto a asumir pérdidas por sus operaciones financieras (resulta sorprendente que en una entidad como la demandada, de la casualidad que en todos los test de conveniencia efectuados en

diversas oficinas y sucursales, en todas, cuando la impresora debía imprimir la "cruz" en la evaluación del riesgo, se sufriera un error de impresión y no se imprimiera; en todo caso por imperativo de esa inversión de la carga de la prueba de la que antes se ha hablado, y la aplicación del principio in dubio pro consumidor, se entiende que el resultado de dicho test sea el que ninguno de los dos estaba dispuesto a asumir pérdidas por sus operaciones financieras. Es decir, no estaban dispuestos a contratar éste swap, y si lo contrataron fue porque no recibieron toda la información del mismo.

- B) La demandada sabía y le constaba que Sr. , si bien conocía los mercados de valores, nunca habían trabajado en empresas del sector financiero, que no tenían experiencia en la contratación de productos financieros y que tampoco tenía experiencia en 11 de los 12 productos bancarios que allí se signan; igualmente conocía que ninguno de los dos estaba dispuesto a asumir pérdidas por sus operaciones financieras; en este sentido a diferencia de los otros dos, la casilla correspondiente a la asunción de riesgos en operaciones financieras esta cumplimentada, pero lo esta a mano, y si lo esta el Director manifiesta que también hubo un error de impresión (como en todos los test) y que luego él y la subdirectora lo cumplimentaron a mano; el actor lo niega, manifiesta que él indicó que no estaba dispuesto a asumir riesgo alguno, circunstancia

creíble por aplicación del principio anterior, y porque si observamos la situación personal resulta que tras su separación estaba haciendo frente al pago de dos hipotecas con su sueldo de 2033,50 € mensual. 9º) Tal y como afirma de manera clara y precisa el perito Sr. Verdú (pag. 8 y s.s. de su informe, y aclaraciones prestadas en el acto de la vista) incumple la normativa MIFID pues al ser los actores minoristas, además del test de conveniencia, se les debió haber practicado un test de idoneidad, que no se practicó porque, según testificó el Sr. Conejero (empelado de la actora y responsable del departamento de la misma encargado de elaborar éste producto financiero), la demandada entiende que es un simple producto bancario. Según explica el perito, dadas las circunstancias y respuestas consignadas en el test de conveniencia, la Caixa debió, ex art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, haber desaconsejado la contratación. Tal y como afirma de manera clara y precisa el perito Sr. Verdú (pag. 8 y s.s. de su informe, y aclaraciones prestadas en el acto de la vista) incumple la normativa MIFID pues al ser los actores minoristas, además del test de conveniencia, se les debió haber practicado un test de idoneidad, que no se practicó porque, según testificó el Sr. Conejero (empelado de la actora y responsable del

departamento de la misma encargado de elaborar éste producto financiero), la demandada entiende que es un simple producto bancario. Según explica el perito, dadas las circunstancias y respuestas consignadas en el test de conveniencia, la Caixa debió, ex art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, haber desaconsejado la contratación.

10º). Los contratos son verdaderos contratos de adhesión; los actores no podían en modo alguno introducir modificación alguna, todas las cláusulas fueron predispuestas e impuestas por la demandada, y además, en lo que se refiere al tipo de interés elegido por la demandada, claramente desproporcionado, para ello baste observar los exiguos beneficios obtenidos por los actores, frente a los obtenidos por la demandada; el perito Sr. Verdú, también analiza esto en su informe pericial económico (pag. 11 y 12) y concluye que es un *"producto asimétrico que produce un desequilibrio financiero a favor del banco y en perjuicio del cliente"*. En efecto, si se observan los contratos, la Caixa ha elegido perfectamente para sus propios intereses los tipos de interés, así, cuando sus clientes (los actores) están obligados a pagar, se observa que ha de pagar a un tipo fijo, que ha sido elegido alto en referencia a los tipos euro del mercado, mientras que cuando es ella la obligada al pago, el cliente tan solo recibe el euribor oficial; por ello, cuando el euribor sube por encima del tipo fijo establecido por la demandada (que es cuando se generan beneficios para el consumidor) al ser éste tipo más alto que e del mercado, se genera una subida muy pequeña, mientras que cuando el euribor disminuye, al estar ese tipo muy alto es cuando se generan para el consumidor unas pérdidas muy altas y desproporcionadas para el mismo supuesto (alza) a la inversa.

11º) Por ende, a la fechas de formalización de los contratos swap, existía ya en los ámbitos financieros previsiones que apuntaban a una caída de intereses (que es cierto también que la misma ha sido más fuerte que la prevista); así el Banco de España en su Boletín Económico (doc. 182 de la demanda, pag. 35, en la pieza 13 de documentos de la demanda - "comunes"-) de marzo de 2008 ya establecía unas previsiones de tipos de interés para ese año de un 4,3% y para 2009 del 3,7%; e incluso en el seno de la Caixa ya existían estudios que alertaban de ésta bajada de intereses

(vid. doc. 181 de la demanda). También el perito Sr. Verdú señaló en sus aclaraciones a cuestiones planteadas por el letrado de la demandada, que incluso a mediados de 2008, la Confederación de Cajas de Ahorro, ya había indicado que los tipos de interés iban a bajar a corto plazo. La demandada, al menos tenía un cierto conocimiento, aunque sea indiciario de la bajada de los tipos de interés.

Es decir, resulta que la demandada elabora, en su propio y exclusivo beneficio e interés, ex profeso, un producto financiero que, partiendo del swap, pueda ser ofrecido a particulares (minoristas), el swap para consumidores estudiado en la presente resolución; el contrato que soporta este producto es un contrato unilateralmente redactado por la Caixa que no permite a sus clientes (los hoy actores, entre otros) introducir ningún tipo de modificación, y en el que, como se ha señalado, se produce un

absoluto desequilibrio financiero entre las partes que beneficia a la Caixa, esto es, enmascara un producto asimétrico entre los contratantes. Este producto es ofrecido por parte de la Caixa a sus clientes de manera personal y directa, en el presente caso son los propios Directores de las Sucursales los que se ponen en contacto telefónico con clientes con los que a su vez mantienen préstamos hipotecarios.

Estos Directores ofrecen a los actores el producto, como un producto que les va a garantizar y prevenir de la subida de interés, en algún caso incluso llegan a mostrarlo como un producto de aseguramiento y/o seguro. En ningún momento de esa fase precontractual explican a los actores, no solo ya el verdadero funcionamiento financiero del swap, sino tampoco los riesgos que asumen, se limitan a hacer tablas y simulaciones referidas a la subida del interés y el ahorro que ello les va a reportar (los actores tenían préstamos hipotecarios con interés variable). Ese mismo día, en ese mismo acto, aún a pesar de que los test de conveniencia arrojaba como resultado que los actores (sin experiencia ni conocimientos del mercado financiero) no querían asumir riesgos económicos (y sin perjurio ya del posible incumplimiento por la no realización de los test de idoneidad), tras reuniones que van de los 20 a los 40 minutos, firman el contrato swap.

Contrato éste que, como también se ha indicado pormenorizadamente antes, usa una terminología engañosa y farragosa, tras la que se esconde la verdadera naturaleza del swap, y en la que de manera muy velada, vaga, abstracta, residual y contradictoria se establece la posibilidad de un riesgo económico para los demandados.

A la vista de todo ello, resulta palmario que los actores no sabían cuando firmaban lo que firmaban pues por un lado, la información precontractual recibida, además de insuficiente, era parcial y en parte engañosa, y por otro la información que podían obtener de la lectura del contrato, a) infundía a confusión por la terminología usada, y b) era insuficiente pues ni relata de manera concreta en que consiste el objeto del contrato suscrito, no relata concreta y directamente cuando los actores asumían un riesgo económico y como se cuantificaría el mismo.

En consecuencia habrá de concluirse en que los actores no prestaron un consentimiento válido, consciente y eficaz, y en consecuencia la demanda debe ser estimada y los contratos suscritos por los actores con la demandada, deben ser anulados por mediar error en el consentimiento.

A mayor abundamiento de lo que antecede no puede olvidarse la protección que ofrece al consumidor la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 de 19 de julio, vigente al tiempo de firmarse los contratos que nos ocupan. En particular el artículo 10 de la norma en cuestión fija las condiciones que han de cumplir las cláusulas no negociadas individualmente: a) claridad, concreción y sencillez en la redacción sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que en todo caso deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) entrega al interesado del recibo justificante, copia o documento acreditativo de la

operación; c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Y sobre todo que en caso de duda sobre el sentido de la cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. En el mismo sentido se pronuncia el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre en su artículo 80. Así pues, aunque no tengan la condición de abusivas las cláusulas que lo integran, por no concurrir los requisitos del artículo 10 bis de la Ley anteriormente citada, o los del 82 de la vigente Ley reguladora de los Consumidores o Usuarios, lo cierto es que tampoco las cláusulas han sido acordes con la protección que los consumidores merecen, y éste argumento, si bien no determina la nulidad de pleno derecho por abusivas, si contribuye a declarar la nulidad del contrato por el vicio de consentimiento que su inadecuada redacción supone.

La consecuencia obligada de la nulidad que se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (artículo 1303 del Código Civil). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (Sentencia T.S. 22 de abril de 2005 entre otras muchas). Es por ello que la entidad bancaria deberá devolver D. la cantidad de 1409,48 €, a D. la cantidad de 10756,39 € y a D^a la cantidad de 4446,71 € más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato de permuta financiera hasta esta sentencia, y los intereses legales (artículos 1100 y 1108 del Código Civil), desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta.

QUINTO.- En cuanto a las costas, las mismas deben, a tenor del art. 394.1 L.E.C., ser impuestas a la demandada, al haberse desestimado todas sus pretensiones sin que el caso presentara dudas de hecho o de derecho.

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por D. , D. y D^a contra "CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA" -LA CAIXA-, y DECLARO nulos los contratos de permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores suscritos con los actores. CONDENO a la demandada a abonar:

- 1) A D. la cantidad de 1409,48 € y en su caso las cantidades que siga abonando en virtud del contrato de permuta de intereses, una vez presentada la demanda hasta la fecha de la presente sentencia más los intereses legales desde que se le hicieron los cargos que integran la anterior cantidad.
- 2) A D. la cantidad de 10756,39 € más los intereses legales desde que se le hicieron los cargos que integran la anterior cantidad.

- 3) A D^a la cantidad de 4446,71 € y en su caso las cantidades que siga abonando en virtud de los contratos de permuta de intereses, una vez presentada la demanda hasta la fecha de la presente sentencia más los intereses legales desde que se le hicieron los cargos que integran la anterior cantidad.

CONDENO a la demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes al en que se notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.