

CARMEN MARIA MORENO REYES
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
NOTIFICADO: 18/01/2016

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO UNO
CÓRDOBA

AUTOS DE JUICIO ORDINARIO N° 914/2012, SOBRE ACCIÓN DE NULIDAD CONTRACTUAL

SENTENCIA N° 246/2015

En Córdoba, a treinta de diciembre de dos mil quince.

Doña María Ángeles García Aldaria, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de esta ciudad, ha visto los presentes AUTOS DE JUICIO ORDINARIO N° 914/2012, SOBRE ACCIÓN DE NULIDAD CONTRACTUAL, seguidos a instancia de las entidades CLIENTES, representadas por la procuradora doña Carmen María Moreno Reyes y defendidas por el letrado don Urbano Jiménez Luque, sustituido en el acto del juicio por su compañero don José Francisco Montero García, contra la entidad LIBERBANK, S.A., provista de C.I.F. n° A-86201993, representada por la procuradora doña María José Luque Escribano y defendida por el letrado don Ismael Álvarez Vallina, sustituido en el acto del juicio por su compañero don César Carrillo Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Doña Carmen María Moreno Reyes, Procuradora de los tribunales, actuando en nombre y representación de las entidades 7 CLIENTES SL, presentó, en fecha 1 de junio de 2.012, demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de nulidad contractual frente a la entidad LIBERBANK, S.A. en la que, tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminó suplicando al Juzgado “*se dicte Sentencia que estimando en su integridad la demanda acuerde:*”

A) Declarar nulo de pleno derecho el contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las partes el 6 de agosto de 2.008.

B) Consecuencia de lo anterior; declare no ajustadas a derecho las liquidaciones practicadas y que se practiquen desde la fecha de la presente demanda hasta la firmeza de la resolución que ponga fin al presente procedimiento.

C) Condenando a la demandada a la restitución de las prestaciones, abonos y cargos efectuados al actor a causa del meritado contrato de permuta financiera.

D) Todo ello con la expresa imposición a la demandada de las costas causadas en el presente litigio”. Acompaña a la demanda documentos n° 1 a 28.

SEGUNDO.- Subsanados ciertos defectos procesales (tasa judicial y representación procesal) por Decreto de fecha 19 de junio de 2.012 se admitió a trámite la demanda y se dio traslado de la misma a la parte

demandada en fecha 29 de junio de 2.012, procediendo a su emplazamiento para que en el plazo de veinte días se personara y contestara a la demanda.

TERCERO.- Doña María José Luque Escribano, Procuradora de los tribunales, actuando en nombre y representación de la entidad LIBERBANK, S.A., presentó, en fecha 27 de julio de 2.012, escrito de contestación a la demanda en el que, tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminó suplicando al Juzgado *“dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda absolviendo a mi representada de lo en ella solicitado, con expresa imposición de costas a las actoras”*. A la contestación acompaña documentos nº 1 a 8.

CUARTO.- Por Decreto de fecha 5 de septiembre de 2.012 se tuvo por contestada la demanda y se citó a las partes a la celebración de la audiencia previa al Juicio. La misma se celebró el día 20 de noviembre de 2.012 a las 9:30 horas, compareciendo ambas partes debidamente representadas por procurador y defendidas por letrado. Abierto el acto, intentada la conciliación sin éxito, la parte demandante se ratificó en su escrito de demanda y solicitó el recibimiento del pleito a prueba. La parte demandada se ratificó en su escrito de contestación a la demanda y solicitó el recibimiento del pleito a prueba. Recibido el juicio a prueba, la parte demandante propuso documental por reproducida con la demanda, pericial y testifical. La parte demandada se valió de interrogatorio de la parte demandante, documental por reproducida y testifical. Admitidos los medios de prueba en el modo obrante en autos se señaló fecha para la celebración del juicio.

QUINTO.- Finalmente el juicio se celebró el día 17 de junio de 2.015 a las 10:00 horas, practicándose las pruebas que en su día fueron admitidas y, tras el trámite de conclusiones, interesando la parte actora se practique como diligencia final la prueba testifical de doña Carmen Macías Lizaso, se declararon las actuaciones pendientes del dictado de sentencia.

SEXTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de trabajo que pesa sobre este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento la parte actora, las entidades 7 CLIENTES SL, ejerce frente a la demandada, la entidad Liberbank, S.A., como sucesora universal de la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura (en adelante, “Caja Extremadura”), acción personal de nulidad contractual con relación al denominado “contrato de confirmación de swap”, suscrito entre las partes en fecha 6 de agosto de 2.013 mediante póliza intervenida por el Notario de Córdoba don Pedro Antonio Vidal Pérez, con número 258 de su Libro Registro de pólizas, acompañado como documento nº 5 de la demanda, con fecha de inicio el día 21/07/2008 y con fecha de vencimiento 21/07/2023, un importe nominal de 2.982.000 euros y liquidaciones semestrales, consistiendo este producto financiero en que las entidades demandantes abonarían un interés fijo del 5,00% sobre el nominal pactado, y “Caja Extremadura” pagaría el tipo variable “Euribor 6 meses”. Contrato de confirmación de swap que, junto al contrato marco de operaciones financieras (CMOF) de 18 de julio de 2.008, acompañado como documento nº 2 de la demanda, conforman el “Contrato de Cobertura de Riesgos de Tipos de Interés” cuya firma pactaron las partes en póliza de contrato de financiación de fecha 18 de julio de 2.008, acompañada como

documento nº 1 de la demanda. Invoca error en el consentimiento. E interesa en cualquier caso la retrocesión de todos los apuntes contables, que a la fecha de interposición de la demanda sostiene arroja un saldo en su contra de 286.227,29 euros, según liquidaciones aportadas como documentos nº 18 a 24 de la demanda (f. 333 y siguientes de las actuaciones), y a fecha 11 de junio de 2.015, según escrito presentado ese mismo día (f. 538 y ss), un saldo total de 527.781,12 euros.

Invoca de forma resumida que el contrato swap se ofreció por la entidad de crédito como una condición más de la operación de financiación que ambas partes concertaron en fecha 18 de julio de 2.008 para la promoción de un proyecto fotovoltaico en la localidad de Baena (Córdoba), y únicamente se informó por el director de la sucursal de “Caja Extremadura” que lo que estaban contratando era una especie de seguro para protegerles frente a posibles subidas de los tipos de interés que pudieran encarecer el coste financiero del préstamo suscrito, no dudando de la veracidad de tal información por la relación de confianza que existía con el personal de dicha oficina bancaria, con la que venían trabajando desde el año 2.004, habiendo realizado múltiples operaciones por un importe aproximado de cinco millones de euros. Añaden que el documento de confirmación de swap se presentó en un momento posterior, en fecha 6 de agosto de 2.008, como un “documento que se olvidó firmar en su día”, quitándole toda importancia al mismo, sin que la entidad de crédito facilitase ninguna información sobre la operación, al igual que había ocurrido con anterioridad, ni entregó documento informativo alguno que explicase el funcionamiento de la cobertura, riesgos, coste de la cancelación anticipada, etc..., actuando de mala fe e induciendo el error sufrido por esta parte al prestar su consentimiento contractual, lo que supone además una vulneración por la entidad bancaria de la normativa sobre el mercado de valores, a pesar de ostentar esta parte la condición de “cliente minorista” como pequeñas empresas de índole familiar dedicadas a la promoción inmobiliaria y a las energías renovables a pequeña escala, sin experiencia previa en contratación de derivados financieros, ni se realizó ningún tipo de test de conveniencia ni de idoneidad. Como tampoco se informó sobre las previsiones de evolución de los tipos de interés, siendo consciente la demandada que la previsión de evolución de los mismos era a la baja, según los instrumentos con los que contaba como entidad financiera. Sostiene que tampoco la firma de abogados “Garrigues”, impuesta por la entidad de crédito como asesor legal de la operación de financiación, informó a esta parte de los riesgos de la operación. Por último, afirma que estos hechos han originado un evidente perjuicio a esta parte por el que han reclamado desde un principio de forma extrajudicial a la entidad de crédito, que ha comunicado a esta parte que deshacer la operación “IRS” tendría un costo superior a los 300.000 euros, y es que el swap vino a suponer en la práctica la transformación de las condiciones financieras del préstamo cambiando un interés variable por otro fijo, sin que puedan beneficiarse de las reducciones de los tipos de interés, de modo que a fecha de presentación de la demanda han asumido un coste en liquidaciones por importe de 286.227,29 euros.

Pretensión que encuentra fundamento en las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos contenidas en los artículos 1.261 y siguientes del Código Civil (en cuanto a la nulidad por error en el consentimiento); y en la normativa sectorial bancaria, en particular, la Ley 26/1.988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1.989; la Circular del Banco de España nº 8/1.991, de 7 de septiembre; la Ley 24/1.988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción que tenía con posterioridad a su reforma por Ley 47/2.007, de 19 de diciembre (en atención a la fecha de suscripción del contrato -6 de agosto de 2.008-); y en el Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, y su Anexo –Código General de Conducta de los Mercados de Valores- (actualmente derogado por Real Decreto 217/2.008, de 15 de febrero). Se cita en la demanda doctrina jurisprudencial, entre otras, Sentencias de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 27 de enero de 2.010 y de la Audiencia Provincial de Jaén de fecha 27 de marzo de 2.009.

SEGUNDO.- La parte demandada se opone a la demanda, interesando su íntegra desestimación, con condena en costas de la parte adversa, basándose, en lo esencial, en los siguientes argumentos: **1º.-** Que pese a que parezca muy compleja la operativa de las permutas financieras, al final se reduce poco menos que a una regla de tres; **2º.-** Que las actoras conocían la verdadera naturaleza y contenido obligacional del contrato swap, siendo asesoradas por sus propios abogados, del despacho “J&A Garrigues”, y optaron de forma consciente por contratar, en vez de un préstamo con un tipo de interés fijo que les hubiese resultado más costoso, un préstamo a interés variable y un contrato swap “cuya contratación les aseguraba que nunca pagarían más de un cierto límite por mucho que el Euribor subiese”, de modo que el coste de financiación (Interés Nominal Aplicable) del 5,73% establecido en el documento de “business plan” que le facilitaron es parecido al realmente abonado; **3º.-** Que la parte demandante, aunque ostenta la condición de “cliente minorista”, contaba con experiencia inversora y conocimientos financieros en este tipo de operaciones, negociando un proyecto empresarial de gran envergadura, y leyeron la documentación contractual, pues, de ser cierto que no procedieron previamente a su lectura, el error sería inexcusable; **4º.-** Que los términos del contrato de confirmación de swap se explicaron y negociaron antes de su firma ante Notario; **5º.-** Que se realizó el test de conveniencia, con el resultado de “No conveniente”, pero pese a ello mostraron interés por suscribir el swap, sin que formularan protesta alguna ante la primera liquidación positiva; **6º.-** Que ha cumplido las obligaciones que le impone la normativa del mercado de valores, derivándose el riesgo de la operación de la documentación contractual, y en especial, del contrato marco de operaciones financieras. Invoca la doctrina de los actos propios, la existencia de fraude de ley y el principio de conservación de los contratos, y cita doctrina jurisprudencial, entre otras, SS. AP Valencia, s. 9ª, de 5/04/11, 11/07/11 y 21/10/11; AP Madrid, s. 13ª, sentencia 75/2009; Juzgado de 1ª Instancia de Alcalá la Real de 6/06/08; AP Ávila, s. 1ª, de 9/09/10; AP Burgos, s. 3ª,

19/05/11; AP Zaragoza, s. 5ª, 16/04/12, AP Burgos, s. 2ª, 15/03/12; y AP Madrid, s. 18ª, 19/04/11.

TERCERO.- Fijadas las respectivas pretensiones de las partes, y con carácter previo a la resolución del caso concreto planteado, es preciso realizar una serie de consideraciones elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia (entre otras resoluciones, Autos del Tribunal Supremo de 15 de junio y 7 de septiembre de 2.010; sentencias AP Pontevedra de 13 de octubre de 2.010 y 20 de enero de 2.012, AP Zaragoza de 15 de septiembre y AP Cáceres de 18 de junio de 2.010, AP Pontevedra de 28 de febrero y 7 de abril de 2.010, Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Vigo de 26 de marzo de 2.010, AP Jaén de 19 de febrero de 2.010, AP Asturias 27 de enero y 29 de octubre, 10 y 16 de diciembre de 2.010, y 18 de febrero y 20 de abril de 2.011, AP León 30 de marzo de 2.012, AP Valencia 29 de marzo y 15 de noviembre de 2.011, AP Álava 18 de enero de 2.011, AP Palencia 21 de febrero de 2.012, AP Burgos 7 de febrero de 2.012, AP Salamanca 13 de febrero de 2.011 y AP Madrid 13 de septiembre de 2.011; y las Sentencias más recientes, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de fechas 24 de julio de 2.014 y 5 de mayo de 2.015, entre otras) sobre el tipo de producto bancario cuya nulidad se interesa en este juicio, normativa específicamente aplicable, e incidencia del incumplimiento de los deberes de información previstos legalmente en la apreciación de vicio por error en el consentimiento:

Primera.- Por el contrato de permuta financiera por intercambio de intereses (“swap”), el cliente y la entidad de crédito intercambian pagos de intereses durante un periodo establecido, y en ocasiones, este producto financiero tiene como finalidad dar cobertura al cliente que lo contrata frente a los riesgos variables que suponen las fluctuaciones de los tipos de interés variable (Euribor), y en concreto, el riesgo que supone el aumento del coste financiero que tiene que soportar en un préstamo cuando suben los tipos de interés, persiguiendo una estabilidad en tal coste financiero. En síntesis, en supuestos que por alza del Euribor se producen liquidaciones positivas éstas compensan el mayor coste financiero que tiene que soportar el cliente en el préstamo cuyo coste se pretende estabilizar, mientras que cuando el Euribor baja y se producen liquidaciones negativas las mismas se ven compensadas con el menor coste financiero que tiene que soportar el cliente en el citado préstamo.

Así, el contrato swap de intereses puede ser definido como aquél contrato en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado. En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, término que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el artículo 20.1.18º,d) de la Ley 37/1.992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera), la Circular 1/1.991, del Banco de España, el Real Decreto Ley 2/2.003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, que regula en su artículo 19 los instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés de los préstamos hipotecarios, y Ley 36/2.003, de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica, que regula igualmente estos contratos de cobertura de riesgos de incremento de tipos de interés.

Tales contratos swap no están regulados en norma alguna, pero al amparo del artículo 1.255 del Código Civil y 50 y siguientes del Código de Comercio nada impide que sean admitidos en nuestro derecho siempre que su clausulado respete los principios y normas generales de la contratación. Según la doctrina

científica, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato principal, atípico, bilateral (esto es, generador de obligaciones recíprocas), sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y aleatorio (dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, pese a lo que la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1.799 CC, atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o particular y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros), en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia y mediante la fórmula de la compensación, durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante determinados tipos de interés (aunque no son tales, en el sentido estricto, pues no hay en realidad acuerdo de préstamos de capital), limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios, resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocional, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor.

No encontrándonos ante un contrato de permuta “stricto sensu”, sino ante un contrato aleatorio de cambio financiero, trueque o intercambio, en el que se hacen liquidaciones por diferencias sobre la base de esa cantidad teórica, normalmente muy elevada, que no tiene nada de real, sino que es una mera cifra de referencia que ninguno de los contratantes desembolsa ni debe tener, utilizada para el cálculo de las liquidaciones por diferencia de tipos de interés. Es más, esa cifra teórica puede incluso ser variable a lo largo de la vida del contrato, pues se reconocen estructuras complejas de tipos de permutas de intereses como las crecientes, las amortizables y las variables.

Y las ya muy numerosas resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales permiten afirmar que en la mayoría de las ocasiones no se trata de contratos desligados de otros, sino que normalmente se ofrecen a los clientes como una forma de seguro ante las fluctuaciones de tipos de interés y para cubrir los riesgos de dichas fluctuaciones respecto a otras operaciones crediticias que el cliente ya tiene contratadas con la entidad bancaria, lo que no significa en modo alguno que se ofrezca como un contrato de seguro, según definición que del mismo se realiza en el art. 1º de la Ley de Contrato de Seguro. La forma normal es que el cliente se posiciona como pagador variable, y tal circunstancia fue favorable mientras el Euribor tuvo trayectoria alcista; ocurre sin embargo que en el momento que la tendencia se invirtió, lejos de obtener el resultado ideado en un principio, las liquidaciones empezaron a ser favorables a las entidades financieras. Es en este momento cuando empezaron a proliferar las demandas sobre nulidad de los contratos por error en el consentimiento.

Segunda.- Pese a ser un contrato atípico, es múltiple la normativa especialmente aplicable a este producto bancario, de la que, atendiendo al supuesto de litis, cabe destacar la siguiente:

1.- En relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1.998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser declarada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

2.- La Ley 26/1.998 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como las modificaciones posteriores y normativa de desarrollo (especialmente la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1.989 y la Circular del Banco de España nº 8/1.990, de 7 de septiembre, modificada a su vez por la Circular 5/1.994, de 22 de julio, la Circular 3/1.996, de 27 de febrero, y la Circular 4/1.998, de 27 de enero) en su artículo 48.2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, 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.

Así, en materia bancaria, la forma habitual de contrato es con cláusulas prerredactadas, y en general de adhesión, estableciéndose límites a la libertad contractual cuando se utilizan condiciones generales, entendiéndose por tales “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

La normativa bancaria anteriormente referida regula expresamente la claridad de tales cláusulas (art. 7) y los requisitos que deben cumplirse por ellas para que se entiendan incorporadas a un contrato vinculante entre las partes (art. 5), así como las reglas de interpretación que deben aplicarse a las mismas (art. 6), en lugar de las reglas ordinarias de interpretación, sólo aplicables cuando las cláusulas son dispuestas por la voluntad negociada de las partes.

3.- La Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2.007, de 19 de diciembre, en su artículo 2, venía a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipos de interés, con independencia de la forma en que liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario oficial o no. Por su parte, los artículos 78 y siguientes exigen a todas cuantas personas o entidades ejerzan de forma directa o indirecta actividades relacionadas con los mercados de valores, con expresa mención a las entidades de crédito, una serie de normas de conducta, tales como las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Es esencial la exigencia a la entidad de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios e inversión e instrumentos financieros que más le convengan, y sin esa información la entidad debe abstenerse de recomendar la inversión al cliente.

Dicha Ley, como se ha dicho, fue modificada por la Ley 47/2.007, de 19 de diciembre, la cual introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2.004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) -Ley 47/2007 que estaba vigente a la fecha de suscripción del contrato sobre derivado financiero objeto de esta litis, ya que entró en vigor en fecha 21 de diciembre de 2.007-. La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de diferenciar el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios, e introdujo el artículo 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 de 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, experiencias financieras y aquellos objetivos (artículo 79, bis nº 3, 4 y 7).

Y como desarrollo de la citada Ley, el Real Decreto 629/1.993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (actualmente derogado por el RD 217/2.008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión) vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes (artículo 4) cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables que 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 atención adecuados para encontrar productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de las operaciones que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañadas de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. Este RD 629/1.993 ha sido derogado por el RD 217/2.008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en la fase pre-contractual como contractual (artículos 60 y ss, en especial artículo 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros). Los artículos 72 y 73 del citado Real Decreto regulan los denominados test de idoneidad y de conveniencia.

4.- De diversas Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España en fechas de 3, 23 y 24 de junio de 2.009, y en relación a la oportuna información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero de la índole del litigioso, cabe extraer, entre otras, las siguientes consideraciones:

a) 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;

b) para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general;

c) 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;

d) entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de 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 lo 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 se 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; y

e) en definitiva, las entidades, antes de formalizar la contratación de estos productos, deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como el hecho de que bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas) las periódicas liquidaciones resultantes del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial de tipos a pagar y cobrar en cada periodo y, en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato, la posibilidad de que, igualmente que bajo escenarios de evolución de los tipos bajistas, se generarán pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y a cobrar para el periodo 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, llegándose a considerar procedente que se incorpore, a modo de ejemplo, un cuadro que cuantifique el importe de cada liquidación en función de los distintos escenarios de tipo de interés.

Máxime (como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de abril de 2.010, reiterada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de septiembre de 2.010) 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 del contrato de permuta de tipos de interés litigioso, 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 cuanto menos no catalogables como profesionales ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión. Dicho de otro modo, en la medida que la entidad bancaria toma la iniciativa en la contratación, teniendo su propio interés en el contrato, es de suponer que la elección de las diversas variables del mismo no puede ser caprichosa, sino que debe de obedecer a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuaciones de intereses; siendo la información relevante para el cliente en cuanto al riesgo de la operación la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro de los tipos de interés referencial, pues sólo así el cliente puede valorar, con conocimiento de causa, si la oferta del Banco (en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo de propuestas) satisface o no su interés (sentencia AP Oviedo de 27 de enero de 2.010). En este mismo sentido, la sentencia de la AP de Pontevedra, sección 1ª, de 20 de enero de 2.012 y la sentencia de la AP Málaga, sección 4ª, 29 de junio de 2.012).

Tercera.- El error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida. Como vicio del consentimiento se encuentra recogido, básicamente, en el artículo 1.266 del Código Civil. Interpretando dicho precepto, la STS de 12 de noviembre de

2.004 fija los presupuestos necesarios para que dicho error produzca el vicio del consentimiento, y en consecuencia, la nulidad del contrato, afirmando que *“con cita de otras varias, la sentencia de 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil y establece que será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)”*.

Cuarta.- La Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 24 de julio de 2.014 actualiza tanto las anteriores citas jurisprudenciales, como la de la STS de 21 de noviembre de 2.012, con remisión a lo establecido en la Sentencia nº 840/2013 del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014, y en las recientes Sentencias del mismo Alto Tribunal números 384 y 385 de 2.014, ambas de 7 de julio, y 387/2014, de 8 de julio, así como Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2.013 (asunto C-604/11, “Genil 48, S.L.” y “Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L.”, contra “Bankinter, S.A.” y “BBVA, S.A.”). Realiza las siguientes declaraciones de especial interés en la resolución de este juicio:

1.- Que en contra de lo que afirma en este juicio la parte demandada (en la página 4 de su escrito de contestación afirma que la operativa de este producto financiero se reduce a una regla de tres), los contratos swap o de permuta financiera de tipos de interés tienen la consideración de complejos: no son claros ni sencillos en sus contenidos económicos y jurídicos, afirmando que *“Es cierto que las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 y 29 de octubre de 2013, vinieron a considerar (dentro de los estrechos límites en los que venían planteados los respectivos debates) que el conocimiento de la "incertidumbre" de un contrato como el que nos ocupa, de naturaleza parcialmente aleatoria, hacía evidente un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de obtener una ganancia, y negaban que ello pudiera derivar en un error con virtualidad suficiente para anular el contrato (lo que se acentuaba en los casos resueltos por tales Sentencias, al tratarse de clientes empresarios, con amplia experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias); pero no es menos cierto, que la posterior Sentencia del Pleno de la misma Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (en relación a un caso semejante al que aquí nos ocupa, pues la entidad financiera ofreció al cliente un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación) pone de relieve que, si bien el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de un error vicio, no cabe duda que la previsión legal de dichos deberes, legalmente obligatorios a tenor de la Ley 47/2007, que modificó la Ley del Mercado de Valores, y el*

Real Decreto 217/2008, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros, puede incidir en la apreciación del error. E igualmente añade esta última resolución de nuestro más Alto Tribunal que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de esta contratación del producto financiero". "

2.- Que se ha de tener en consideración que incluso en casos de contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 47/2.007, de 19 de diciembre (en este caso, el contrato se celebró con posterioridad) la denominada normativa "MIFID" (Directiva 2.004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros) ya estaba en vigor desde el año 2.004.

3.- Que la indicada normativa "MIFID" y su plasmación legal en España es materialmente aplicable a los contratos de swap de cobertura de un concreto contrato de préstamo, en atención a lo resuelto en la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2.013* antes citada, que al resolver las cuestiones prejudiciales que distintos Juzgados españoles habían planteado en relación con la aplicación de la Directiva "MIFID" a los swaps o permutas financieras, *"establece ya como doctrina definitiva, en contra de lo sostenido hasta entonces por las entidades bancarias españolas, que no es aplicable la causa de excepción a la aplicación de la Directiva consistente en que el producto no sea complejo, por el mero hecho de que los swaps están expresamente mencionados por la propia Directiva cuando indica cuál es su ámbito de aplicación; y continúa exponiendo que sólo sería aplicable la segunda causa de excepción a la aplicación de la Directiva cuando el servicio de inversión forma parte intrínseca del producto financiero (el préstamo) en el momento en que éste se ofrece al cliente, lo que no concurre en estos casos en que el swap es un producto superpuesto o complementario al préstamo y no forma parte intrínseca del mismo. Lo que ha sido plenamente confirmado por la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014. Las tres sentencias antes citadas de 7 y 8 de julio últimos ratifican esta tesis, diciendo la nº 385/2014 : "Según declaró esta Sala en la STS nº 840/2013, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como es el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento. De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008). Para articular adecuadamente ese deber legal de la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos*

riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error; la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad , cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto".

4.- Sobre la incidencia del incumplimiento de los deberes de información previstos legalmente en la apreciación de vicio por error en el consentimiento *“si bien lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto financiero contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de dicha información, lo relevante es que la entidad bancaria apelante no ha acreditado que el cliente tuviera adquirido ese conocimiento por cualquier medio, por lo que como dice la invocada Sentencia del Pleno de la Sala 1ª, "esa ausencia de información permite presumir el error", y en lo referente a la información precontractual ofrecida "lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo".*

CUARTO.- Teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, y aplicándola al caso en concreto, no puede olvidarse que con arreglo al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde a la parte actora la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, y a la parte demandada la de los hechos impositivos o extintivos de ésta. Precepto que, aplicado al supuesto de litis, permite afirmar que la carga probatoria del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe pesar -en el sentido que ya ha sido expuesto con anterioridad- sobre el profesional financiero (la parte demandada en este caso), respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante legal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencias AP Valencia de 26 de abril de 2.006 y AP Zaragoza de 15 de septiembre de 2.010).

Y de una valoración conjunta de la prueba practicada en autos se concluye que, siendo el producto de litis un producto bancario complejo y de alto riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características del mismo fue bastante negligente, por no decir prácticamente nula, además de engañosa. Así:

1.- Sobre el perfil de las entidades demandantes:

La parte demandada admite que nos encontramos ante un “cliente minorista” a los efectos de lo dispuesto en el Título VII (“Normas de Conducta”) de la Ley del Mercado de Valores. Ello significa que no se le presume “la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos” (arts. 78.2 y 4 de la Ley del Mercado de Valores).

Las demandantes son empresas de índole familiar dedicadas a las actividades de promoción inmobiliaria y de explotación de energías renovables. Formalizaron el préstamo y el llamado “Contrato de Cobertura de Riesgos de Tipos de Interés” representadas por su apoderado don Domingo. La experiencia del sr. Domingo en la gestión de este tipo de empresas y su participación en un proyecto de gran envergadura consistente en la inversión en producción de energía fotovoltaica, con necesidades de financiación elevadas, no

implica experiencia inversora en mercados financieros, no constando que dispusieran los legales representantes de las entidades mercantiles demandantes de asesoría financiera que pudiera suplir la falta de información que debió proporcionar la entidad de crédito.

Tampoco consta que el sr. Domingo cuente con formación y conocimientos de experto financiero, y sin que ello pueda deducirse de haber cursado estudios superiores en económicas en los años 70 cuando durante toda su vida laboral sólo ha trabajado impartiendo clases de matemáticas en centros de formación profesional y gestionando empresas dedicadas tanto al sector inmobiliario como, a partir del año 2.007, al sector de las energías renovables. Tal formación financiera tampoco resulta de su participación en diversos proyectos empresariales, pues la clase de contratos que habitualmente firmaba y la inversión en energía no implican conocimientos financieros, y no se aporta prueba alguna que justifique la firma de contratos similares al que es objeto de enjuiciamiento, de los que pudiera deducirse el conocimiento de su contenido y que permitiera entender como innecesaria la información que se le reclama ofrecer legalmente a la entidad financiera, a quien, en el contexto de la comercialización de productos financieros, se le exige un plus de información y de diligencia, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente, sea éste consumidor o no.

Esta falta de conocimientos financieros del sr. Domingo era conocida por don Antonio, apoderado de “Caja Extremadura” que asumió la representación de esta entidad en la contratación del derivado financiero. Así, en fecha 25 de julio de 2.008 sometió al sr. Domingo, como representante de las entidades demandantes, al denominado “test de conveniencia” para el producto de inversión “Contrato Marco Irs Clientes”, y el resultado del test fue “No conveniente”, recopilando la siguiente información sobre sus conocimientos y experiencia inversora: no ha realizado inversiones durante los tres últimos años en este producto; no está familiarizado con este tipo de productos; es la primera vez que invierte en este producto tras la entrada en vigor de MiFID (01/11/2007); cuenta con nivel de estudios superiores; nunca ha trabajado en el sector financiero; y no ha realizado inversiones (documentos nº 2 a 8 de la contestación, f. 424 y ss).

Domingo reconoce en el juicio, al declarar como testigo, que estudió económicas en el año 1.970, en Málaga, pero que actualmente se encuentra jubilado y durante toda su vida laboral no ha desarrollado actividad alguna relacionada con los mercados financieros ni ha invertido en Bolsa. Afirma que ha impartido clases de matemáticas en formación profesional y también se ha dedicado a la gestión de sociedades de índole familiar relacionadas con el sector inmobiliario, limitándose su experiencia anterior con las entidades financieras a la apertura de cuentas corrientes, préstamos hipotecarios y créditos, y que al formalizar la operación de financiación fotovoltaica aquí debatida no se enteró que estaba firmando un producto financiero complejo y de alto riesgo, pues de haberlo sabido, no lo hubiese contratado, y que incluso ahora no tiene una idea muy clara de lo que es un contrato swap. Añade que en el mes de julio de 2.008 únicamente pretendía obtener financiación para el proyecto fotovoltaico que pretendía promover en la localidad de Baena (Córdoba) y que en ningún momento fue asesorado en los derivados financieros por el despacho de abogados “Garriges”.

Por su parte, el sr. Antonio finalmente declara en el juicio como parte demandada, en su condición de apoderado de “Caja Extremadura” encargado de la formalización del swap con el cliente, y afirma que conocía a “Cliente 1” porque la relación comercial venía de antiguo, puntualizando que el resto de sociedades acreditadas en la financiación eran sociedades de reciente constitución para la explotación del parque fotovoltaico; que “Cliente 1” se dedicaba al sector inmobiliario y se realizaron varias operaciones de financiación de promoción inmobiliaria, consistiendo en operaciones a tipo de interés variable y no vinculadas a derivados financieros como el que nos ocupa; que conoce también a Domingo porque empezó a trabajar con “Caja Extremadura” en el año 2003-04 a través de sus sociedades inmobiliarias y la relación era puramente comercial; que el sr. Vico únicamente asesoraba al sr. Domingo en la materia técnica fotovoltaica pero no en aspectos financieros; que sabe, por las anteriores financiaciones, que el sr. Domingo era profesor de

matemáticas en secundaria y empresario en el sector hotelero, inmobiliario y últimamente en el de las energías renovables; y, por último, que el sr. Domingo concertó numerosos negocios con esta entidad y con otras entidades financieras, pero reconoce que no contaba con formación específica para la contratación de derivados financieros según resultó del test de conveniencia que le practicó para la formalización de la operación.

En cuanto al invocado asesoramiento prestado a la parte demandante por parte del despacho de abogados “Garriges”, la prueba practicada no acredita la existencia de un efectivo asesoramiento en materia financiera. Así, el sr. Antonio reconoce que la intervención de “Garriges” en la operación de financiación fue solicitada por “Caja Extremadura” porque esta entidad, tras aprobar el riesgo de la financiación, precisaba un informe técnico y jurídico que diese forma a la operación. Pensaba el sr. Antonio que la asistencia jurídica de “Garriges” comprendía la resolución de las dudas que sobre el contenido de los contratos pudiese plantear el cliente. Pero lo cierto es que, si se examina la hoja de aceptación de encargo profesional firmada el día 26/02/08 entre “Cliente 1” y “Garriges” (documento nº 8 de la demanda, f. 318), el alcance de los trabajos a realizar por el citado bufete de abogados se limitó a un momento anterior a la firma de la financiación, y en concreto, a la revisión legal de la documentación relativa al Parque Solar Llanos de Estepa, a la revisión de aquellos contratos vinculados al proyecto de construcción y explotación del citado Parque Solar y a la elaboración de los documentos de financiación “en los términos y condiciones recogidos en la oferta de financiación realizada a la compradora por parte de la Entidad Financiera”, así como a la asistencia a las partes en la formalización de los documentos de financiación que comprendían el contrato de crédito senior y el contrato de compromisos y garantías. Es decir, en esa hoja de encargo no se menciona en ningún momento la obligación de “Garriges” de asesorar a la parte actora en derivados financieros, ni mucho menos se podía considerar que ese asesoramiento pactado en la hoja de encargo se iba a prestar de forma completamente independiente e imparcial. Téngase en cuenta que, según se hizo constar en esa hoja de encargo (y así lo viene a reconocer la parte demandada en su escrito de fecha 22/07/13, f. 486), se reconoce el especial vínculo de esa firma de abogados con “Caja Extremadura”, y que tenía como obligación la de “garantizar en el contrato la posición jurídica de la entidad financiera” conforme a lo pactado en la Estipulación 2.2. (f. 486), y precisamente por esta razón aceptó una limitación de sus honorarios profesionales (Estipulación 4) pues “Garriges” prestaba servicios de asesoría externa a “Caja Extremadura” (según declara en juicio el sr. Antonio). Con estos antecedentes, y tampoco constando que “Garriges” interviniese en la fijación de las condiciones financieras del documento de confirmación de swap de 6/08/08, pues su actuación terminó con la formalización de la operación de financiación suscrita en fecha 18/07/08, resulta evidente que en este caso no se puede concluir que la parte actora contase con el asesoramiento financiero externo e imparcial de “Garriges”, pues los abogados de este bufete se limitaron a formalizar los documentos de financiación para posteriormente, en fecha 18/07/08, remitir vía email al Notario el contrato de préstamo y el contrato de compromisos y garantías definitivos, una vez revisados por “Caja Extremadura” (documento nº 9 de la demanda f. 321), y de este modo, en el contrato de financiación se identificó a “J&A Garriges” como “Asesor legal” (Estipulación 1, página 9 de la póliza, f. 36), pactándose que serían de cuenta de la parte acreditada (Estipulación 9, página 31 y 32 de la póliza, f. 58 y 59) el pago de los gastos ocasionados como consecuencia de los honorarios de los asesores jurídicos que se originen por las partes como consecuencia directa de la documentación, formalización, ejecución y cumplimiento del contrato.

En definitiva, en atención a las anteriores consideraciones probatorias, el perfil de las entidades demandantes es conservador y con escaso afán especulador en las inversiones, al no acreditarse que sus representantes legales tuviesen, a la fecha de la contratación, experiencia ni conocimientos financieros o de tipo inversor específicos para comprender la complejidad de la permuta financiera de tipos de interés “IRS”, ya que la naturaleza de este producto derivado -complejo y de alto riesgo- dista mucho de la de los contratos típicamente bancarios conocidos por la clientela tradicional de este país, y que sí habían suscrito las entidades actoras y el sr. Domingo, tales como pólizas de créditos y préstamos hipotecarios; estos contratos no revisten complejidad alguna, ni tienen carácter especulativo o de tipo inversor, ni introducen ningún tipo de riesgo

añadido, por muy elevados que fuesen los importes financiados (cinco millones de euros aproximadamente, según documento nº 3 de la demanda, al f. 135). Ninguno de estos productos guardan relación con el de permuta financiera aquí discutido.

2.- Sobre la naturaleza de la contratación:

En fecha 18 de julio de 2.008 se suscribió póliza de contrato de financiación, con la intervención de don Pedro Antonio Vidal Pérez, Notario de Córdoba y el Ilustre Colegio Notarial de Sevilla, con el nº 242 de su Libro Registro de pólizas, acompañada como documento nº 1 de la demanda, entre las entidades 6 Clientes SL, como parte acreditada, y “Caja Extremadura”, como parte acreditante, que incluía un préstamo senior de 2.982.000 euros destinado principalmente a financiar la promoción de un proyecto fotovoltaico por parte de “Cliente 1” en la localidad de Baena (Córdoba), según establece su Estipulación 2.2 (página 15 de la póliza, f. 42). Dicha operación de financiación se formalizó entre Domingo, apoderado, actuando en representación de las acreditadas, y Antonio, apoderado, actuando en representación de la acreditante, ostentando la condición de garantes “Cliente 1”, Bernardina y Domingo. Las acreditadas se obligaron con carácter solidario. En cuanto al interés aplicable al préstamo se pactó un interés variable consistente en Euribor a seis meses más un 1,15% (Estipulación 5, página 21 y ss, f. 48 y ss). En cuanto a la entrega del importe del préstamo, según se pactó en la Estipulación 3.2.2 (página 19 de la póliza, f. 46), la acreditante retuvo la cantidad de 360.000 euros para ser aplicada a la amortización total y cancelación de los seis préstamos que en fecha 14 de marzo de 2.008 la acreditante concedió a las acreditadas por importe de 60.000 euros cada uno de ellos, garantizados con aval de “Cliente 1” y prenda sobre los derechos de préstamo de cada una de las acreditadas frente a la Hacienda Pública por las devoluciones de IVA soportado y no repercutido por la ejecución del proyecto, de modo que finalmente ingresó en la cuenta principal del préstamo la suma de 2.622.000 euros (Estipulación 3.2.3., página 20 de la póliza, f. 47).

Simultáneamente a la firma de este contrato, las acreditadas suscribieron ante el mismo Notario que intervino en el préstamo: 1) un contrato marco de operaciones financieras (CMOF), formalizado con “Caja Extremadura” en su condición de “Proveedor del derivado” (Estipulación 1, página 14 de la póliza, f. 41), según póliza intervenida por el Notario sr. Vidal Pérez, nº 243 de su Libro Registro de pólizas, aportada como documento nº 2 de la demanda; documento contractual que, junto con la correspondiente Confirmación, que las partes suscribirían según lo previsto en este contrato, integran el “Contrato de Cobertura de Riesgos de Tipos de Interés”; 2) un “Contrato de Compromisos y Garantías” suscrito con “Caja Extremadura”, en su condición de acreditante, los socios y los garantes, mediante escritura pública autorizada por el Notario sr. Vidal Pérez, nº 1082 de su protocolo, acompañado como documento nº 4 de la demanda, pactándose, entre otras cuestiones, la pignoración por parte de la acreditada de los derechos de crédito a percibir por la venta de energía eléctrica producida en la huerta solar de su titularidad, conocida como “Llanos de Estepa”, sita en la localidad de Fuente Obejuna; aval solidario prestado por “Cliente 1”, su administradora única Bernardina y su apoderado Domingo.

En cuanto al “Contrato de Cobertura de Riesgos de Tipos de Interés”, su firma se pactó como una condición exigida por “Caja Extremadura” para la concesión de la financiación, y así se contempló en la Estipulación 3.2.1.(g) de la póliza (página 18, f. 45). Por lo tanto, dicho contrato pasó a formar parte de los denominados “Documentos de la financiación”, según Estipulación 1 (página 12 de la póliza, f. 39). En la estipulación 14.2.16 (página 42, f. 69) las acreditadas se obligaron a no concertar de forma alguna operaciones de permuta financiera (“SWAPS”) o cualquier otra operación de derivados distintos de los contratados bajo el “Contrato de Cobertura de Riesgos de Tipos de Interés”, y por su parte, en la Estipulación 14.2.18 se expuso que *“A fin de evitar el riesgo de fluctuación del tipo de interés de referencia, las ACREDITADAS se comprometen a contratar con el Proveedor del Derivado, al amparo del Contrato de Cobertura de Riesgos de Tipos de Interés, mediante la suscripción de la correspondiente Confirmación, derivados financieros que cubran, al menos, el 80 por 100 del Importe del Préstamo, durante toda la vida del mismo.*

Los derivados financieros antes citados se contratarán con el Proveedor del Derivado, aplicando un diferencial (spread) de 10 puntos básicos a la cotización de referencia Ask establecida en la pantalla ICAP (EURO), realizando una interpolación lineal para que el plazo real del cierre de la cobertura quede ajustado a plazo de duración del tramo del importe de deuda cubierto.

Las ACREDITADAS deberán contratar los derivados financieros previstos en el presente apartado en el plazo máximo de tres (3) meses a contar desde la firma del presente Contrato.

Las liquidaciones de las operaciones de cobertura deberán coincidir con las fechas de amortización ordinaria. Se podrá reducir el notional de las operaciones de cobertura en las fechas de amortización ordinaria siempre que se mantenga la cobertura sobre al menos el 80% del Importe no amortizado del Préstamo.

Las confirmación deberá elevarse a público en el plazo máximo de die (10) Días Hábiles desde sus respectivos otorgamientos". Finalmente, el sr. Antonio afirma en el juicio que la entidad sancionó la operación siempre que se celebrase un contrato de compromisos y un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) que descolgaba el swap. Y de estas circunstancias se puede concluir que la parte actora no tuvo opción de contratar el swap o la llamada cobertura de riesgos de tipos de interés con otra entidad financiera pues conforme al contrato de 18/07/08 se obligó a su contratación con "Caja Extremadura".

En fecha 6 de agosto de 2008 se formalizó entre las partes documento de confirmación de swap fechado el 29 de julio de 2.008, según póliza intervenida en aquélla fecha por el Notario don Pedro Antonio Vidal Pérez, al nº 258 de su Libro Registro de pólizas. Se determinó que el swap tendría fecha de inicio el día 21/07/2008 y fecha de vencimiento 21/07/2023, un importe nominal de 2.982.000 euros y liquidaciones semestrales, consistiendo este producto financiero en que las entidades demandantes abonarían un interés fijo del 5,00% sobre el nominal pactado, y "Caja Extremadura" pagaría el tipo variable "Euribor 6 meses".

Es decir, ni en el inicial contrato de financiación ni en el CMOF se estipuló cuál era el tipo de derivado a contratar ni sus condiciones financieras, en concreto, tipos de interés e importe notional. Así, el CMOF, formado por 45 páginas, fija únicamente como objeto la regulación de la relación negocial que surja entre las Partes, como consecuencia de la realización de Operaciones que, con carácter meramente enunciativo, se relacionan en su Estipulación Segunda, entre otras, permutas financieras (swaps), con las modificaciones y adiciones del Anexo I (página 21, f. 108). Únicamente se concretaron aquéllas cuestiones en el documento de confirmación de swap de 6 de agosto de 2.008.

La finalidad de este derivado fue la de "evitar el riesgo de fluctuación del tipo de interés de referencia", en este caso, Euribor a seis meses, y atendiendo al contrato de confirmación (importe nominal idéntico al importe del préstamo) se utilizó para dar cobertura al préstamo a interés variable suscrito, con la finalidad de evitar el riesgo que para el cliente podía entrañar una subida de los tipos de interés, y así se viene a reconocer en la contestación a la demanda, tanto en el hecho cuarto, página 5, como en el hecho 6 página 8.

La parte demandada no ha practicado prueba alguna en orden a demostrar las alegaciones que formula en fase de conclusiones, esto es, que la inicial intención del sr. Domingo fue la de contratar un préstamo a interés fijo, que le ofreció inicialmente un préstamo a un tipo fijo del 8 o 9% que no convino al cliente, y que el plan de negocio recogió un tipo fijo de interés. En contra de estas afirmaciones el sr. Antonio declara que el sr. Domingo siempre concertaba operaciones de préstamo a interés variable, y que en el caso de la financiación fotovoltaica también se interesó por un préstamo a tipo variable, centrándose la negociación entre las partes en la determinación del diferencial del préstamo, que finalmente quedó en un 1,15%, añadiendo que con la situación de tipos en la fecha de la operación (mediados de 2.008) "Caja Extremadura" admitía Euribor + 1,5%, y que como se le iba de la previsión del plan de negocio según el Euribor vigente en aquél momento, finalmente se aceptó un diferencial del 1,15%, y así se acercaba a la previsión de gastos del plan de negocio. Precisamente este plan de negocio presentado por la parte actora a "Caja Extremadura" (documento nº 1 de la

contestación, f. 422) no reflejaba una financiación con un tipo de interés fijo, sino variable, partiendo del Índice de referencia Euribor de 4,73% que se estimaba para la vida del proyecto, y un marginal aplicado sobre el Euribor del 1%. Por lo tanto, no queda probado que la contratación del swap respondiese a la intención común de las partes de pactar un tipo de interés fijo en el préstamo durante toda su vigencia cuando precisamente el sr. Domingo pidió en todo momento un préstamo a interés variable. Por lo tanto, según se pactó en el contrato de financiación de 18/07/08, Estipulación 14.2.18, el swap se ofreció por la entidad como un producto de cobertura del riesgo de subida del tipo de interés variable pactado en el préstamo, pero no formó parte intrínseca de dicho contrato, ya que sus condiciones financieras no se determinaron sino en un momento posterior a la formalización del préstamo a interés variables según documento de 6/08/08. Es decir, nos encontramos ante un producto financiero complejo y de alto riesgo superpuesto o complementario al préstamo.

3.- Sobre la información ofrecida al cliente:

No consta que se ofreciera a las entidades demandantes una información suficiente y adecuada para entender el tipo de producto financiero ofertado. De la valoración de la prueba de interrogatorio del apoderado de “Caja Extremadura”, sr. Antonio, ha quedado probado que la firma del contrato swap se ofreció por la entidad cuando al aprobar la financiación exigió la suscripción de un contrato de financiación, un contrato de compromisos y garantías y un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) que descolgaba el swap. Añade que no entregó folleto informativo alguno al cliente sobre el swap. Únicamente le facilitó con carácter previo a su firma el CMOF. No le informó previamente del riesgo de pérdidas porque consideraba que todo se encontraba supervisado por “Garriges”, aunque, como anteriormente se ha expuesto, no ha quedado probado en autos que este bufete de abogados prestase servicio de asesoramiento financiero alguno al cliente, ni por cuenta de éste, ni por cuenta de la entidad bancaria. Por otro lado, depone que la información sobre el derivado financiero se plasmó en la documentación contractual, y que lo único que manifestó al cliente, justo antes de la firma de la operación en Notaría, y sólo porque fue preguntado al respecto por el sr. Domingo, es su “opinión” acerca del producto, diciéndole que “estamos pasando de tipo variable a tipo fijo”. Esta lacónica expresión, comunicada a una persona inexperta en cuestiones financieras instantes antes a la firma de una operación de financiación en Notaría, resulta a todas luces insuficiente para que el cliente pudiese entender el alcance del riesgo asumido en la operación en caso de bajada brusca de los tipos de interés; máxime cuando no fue sino tras la firma del contrato de financiación en Notaría cuando el sr. Antonio comunicó al sr. Domingo que “tenían que cerrar la cobertura”, concretándose las condiciones financieras del swap posteriormente a asumir el compromiso de su contratación en la Estipulación 14.2.18 de la póliza de contrato de financiación. Así, el sr. Antonio también declara que finalmente llamó al sr. Domingo diciéndole que el departamento de mercado de valores de la entidad le comunicaba que se podía cerrar en un 5%, teniendo en cuenta la evolución de los tipos de interés en ese momento, y que Domingo le preguntó su opinión al respecto, y él le dijo que “esto lo tenía que decidir él”, pero que si se cerraba al 5% tenía que considerar el diferencial del 1,15% del préstamo, y el sr. Domingo, partiendo de esta conversación, aceptó la propuesta, si bien no consta que antes de la confirmación de swap se informase al cliente sobre el tipo concreto de swap que finalmente se iba proponer para su firma.

De esta declaración del sr. Antonio se concluye que la información verbal facilitada al cliente sobre el derivado financiero fue bastante confusa e incompleta. No consta que se facilitase con antelación suficiente a su contratación, y si el sr. Domingo aceptó la firma de la confirmación del swap fue por la relación de confianza que existía con el director de la sucursal bancaria, quien, al concertar el contrato de financiación, le comentó que tenían que cerrar la cobertura; máxime cuando la entidad bancaria fijó esa cobertura como una condición más de la operación de financiación aunque en unos términos completamente genéricos ya que sus condiciones financieras no se determinaron sino en un momento posterior a la firma del contrato de financiación.

Ciertamente la prueba practicada denota una absoluta falta de diligencia profesional en la comercialización de este producto financiero. Antes de la firma del CMOF no se sometió al cliente a los llamados test de conveniencia y de idoneidad. En la documentación contractual firmada el día 18/07/08 no se determinó cuál era el tipo de derivado financiero a contratar, y no fue sino en un momento posterior cuando la entidad financiera ofreció al cliente las condiciones financieras del swap sin información alguna (verbal o escrita) sobre cómo actuaría este producto financiero de forma combinada con el préstamo a interés variable que previamente había suscrito, ni mucho menos comunicó al cliente minorista de todos los escenarios posibles de subidas y bajadas de tipos de interés que podrían darse durante el plazo de vigencia del contrato fijado en quince años (21/07/08-21/07/23). Es decir, nada se prueba sobre el hecho de haber facilitado al cliente la información relevante sobre una previsión razonada y razonable de la evolución de los tipos de interés, siendo ello esencial, ya que es la entidad bancaria la que determinó la barrera aplicable o el tipo fijo aplicable de 5,00% según la evolución de los tipos de interés en ese momento, según reconoce el sr. Antonio.

A este respecto, la ya citada Sentencia de la Sección 1ª de la A.P de Córdoba de fecha 24 de julio de 2014 declara lo siguiente sobre el contenido de los deberes de información que competen a la entidad financiera en casos como el de autos *“no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial; sino que, por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, pues solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta de la entidad bancaria, en las condiciones de tipo de interés, periodo y cálculo propuestos, satisface o no su utilidad o conveniencia negocial”*, y que no se trata que en este caso “Caja Extremadura” pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, *“sino de que ofreciera al cliente una información que podríamos denominar “gráfica” o “plástica” de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés, y eso no consta que sucediera”*

Además, pese a que se le ofreció como un producto de cobertura ante la subida de los tipos de interés, dicha protección era bastante limitada, según explica en el acto del juicio el perito economista propuesto por la parte demandante don Miguel Gálvez Hernandez. Este perito ratifica su informe pericial (documento nº 7 de la demanda), y explica que el swap contratado es un producto caracterizado por su falta de equilibrio ya que el banco, con esta operación, expuso a las entidades actoras a altos porcentajes de riesgo, pues estableció un tipo fijo del 5,00% cuando en la historia del Euribor solamente había estado por encima de ese porcentaje en dos ocasiones y además, en ese momento, la expectativa del mercado financiero era de una caída de los tipos de interés, entorno en el que no es recomendable una cobertura puesto que el riesgo de los clientes es la subida de los intereses, no la bajada. Además, el perito explica que el contrato swap no es adecuado ya que no responde a la finalidad que se pretendía, la contemplada en la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, pues no se ha creado para cubrir el riesgo financiero específico de los clientes (la subida de los intereses), siendo la consecuencia el incremento de los costes financieros en el escenario de bajada de los intereses. Considera que lo que se tendría que haber pactado es un “cap” o techo como opción de tipos de interés en la que el cliente compra el derecho a que el banco no le aplique un tipo superior al tipo “cap”, lo que permite al cliente fijar un coste máximo de su financiación y a la vez beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés, por lo que a cambio pagará al banco una compensación (página 5 informe pericial, f. 279). Es decir, en este caso, el swap altera, empeorándolas, las condiciones financieras del préstamo puesto que el producto ha dado lugar a que los clientes tengan un préstamo a interés fijo a pesar de que la prueba practicada acredita que querían un interés variable y el plan de negocio partía del Euribor al 4,73% + 1%, y se impide que puedan beneficiarse de las reducciones en los tipos de interés a consecuencia de las caídas de los intereses en el mercado, a pesar de que existen derivados financieros que exclusivamente limitan el riesgo de subida de los tipos de interés, permitiendo que los clientes puedan ver reducida su carga financiera ante las bajadas. La parte demandada no ha impugnado este informe

pericial (ni en la contestación a la demanda ni en el acto de la audiencia previa al juicio), sin que tampoco haya propuesto una contraprueba pericial para desvirtuar las conclusiones de dicho informe.

En conclusión, la entidad demandada no ha acreditado que facilitase al actor, con anterioridad a la firma del contrato, información escrita sobre la naturaleza y riesgos de este producto, ni de todos los escenarios posibles de subidas y bajadas de tipos de interés que podrían darse durante el plazo de vigencia del contrato, ni de los costes por cancelación anticipada, ni de su falta de conveniencia e idoneidad para dar exclusivamente cobertura al riesgo de subida de tipos de interés. La entidad financiera omitió al cliente que se trata de un derivado financiero, que su naturaleza era compleja y de alto riesgo y que podría conllevar consecuencias económicas desproporcionadamente perjudiciales en el caso de caídas bruscas del Euribor.

Tampoco puede reconocerse el cumplimiento por la entidad bancaria de su deber normativo y especial de información en atención al contenido literal de las propias cláusulas del contrato firmado. En concreto, de las Estipulaciones Quinta (f. 96), Decimocuarta (f. 101) y Decimoquinta (f. 104) del CMOF, o apartado 29.- del Anexo I del CMOF, y que invoca la parte demandada en su contestación a la demanda. Como ya se ha dicho, estamos en presencia de un contrato de adhesión, plagado de terminología técnica y de difícil comprensión, no resultando lo suficientemente claro para una persona no acostumbrada a contratar derivados, de ahí que legalmente se impongan a las entidades bancarias un especial deber de información respecto del cliente en la fase precontractual, y que en el presente caso se incumplió. Por lo tanto, resulta insuficiente la mención que en dichas cláusulas contractuales se realiza a las cantidades a pagar por las partes como consecuencia de la contratación del derivado, o que “Las partes declaran conocer que las obligaciones que surgen de las Operaciones requieren una gestión adecuada y una vigilancia constante de la evolución de los mercados financieros y de las posiciones que las Partes asumen en los mismos, para lo cual son necesarios medios y conocimientos suficientes de la operativa de tales mercados”, ya que ello no permite determinar la trascendencia económica de la operación en todos sus escenarios posibles; máxime cuando en ese momento no se pactó el tipo de contrato swap a suscribir por las partes, sin que en el documento de confirmación de swap se contenga un aviso de los riesgos. Sólo se determina que es un producto no conveniente para el cliente, pero sin que se pueda olvidar que ese test de conveniencia al que alude se practicó en un momento posterior a la celebración del CMOF, y además, tras resultar “no conveniente” el producto financiero para el cliente, el sr. Antonio no advirtió expresamente de su falta de conveniencia, pues solo declara que como el sr. Domingo no le refutó el resultado del test y no le cuestionó continuar con la negociación, procedió a la formalización y documentación del contrato.

Pero es que además no se realizó el test de idoneidad, sólo el de conveniencia. Sobre la necesidad de su práctica, la *STS Pleno de 20 de enero de 2.014*, y en similares términos la *STS de nº 384/2014, 7 de julio de 2.014*, explica que el primero “opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan”.

Como afirma la *STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011)*, en relación a la suscripción de un swap, pero de perfecta aplicación al caso, “(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente” (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el *art. 52 Directiva 2006/73 (2006, 1963)*, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del *art. 4.4 Directiva 2004/39/CE*.

El *art. 4.4 Directiva 2004/39/CE* define el servicio de asesoramiento en materia de inversión

como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el *art. 52 Directiva 2006/73/CE* aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entendió que, en ese caso, tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

Por consiguiente, se debe considerar que siendo la entidad bancaria quien aconsejó a las demandantes el contrato swap como una condición de la operación de financiación fotovoltaica a interés variable, a modo de cobertura de tipos de interés, pero sin que conste que se les ofreciera además otros derivados financieros diferentes, ello constituye una labor de asesoramiento por lo que debió de practicarse el test de idoneidad, lo que no se hizo.

4.- Sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios:

Consta que desde la fecha de inicio del contrato la primera liquidación fue positiva y el resto negativas, según documentos nº 18 a 24 a la demanda, aunque el importe de la primera liquidación positiva no es el reflejado en el documento nº 11 de la demanda (contrariamente a lo defendido por la parte demandada en el acto del juicio), pues dicho documento alude a la liquidación del préstamo y no del swap. Pero la parte demandante no actúa en contra de sus propios actos instando la nulidad del contrato, ya que la aceptación de una inicial liquidación positiva no constituye un acto inequívoco y concluyente de la parte que pueda vincularla al pago posterior de una liquidación de intereses tan elevada; máxime cuando el sr. Antonio reconoce en el juicio que el sr. Domingo reclamó a la entidad tan pronto tuvo noticia del primer cargo negativo (mediados de 2.009) y precisamente él le explicó que ese cargo obedecía al swap contratado, momento en que el sr. Domingo quiso cancelar el producto, siendo informado por primera vez del elevado coste de cancelación que tenía que asumir para ello.

QUINTO.- En conclusión, en el presente caso se ha acreditado que a) las entidades demandantes y sus representantes legales no tenían especiales conocimientos financieros ni experiencia inversora, b) la parte demandada no informó al cliente de los posibles escenarios en que podría encontrarse durante la vigencia del contrato sobre derivados financieros, c) ni de las previsiones razonadas sobre la evolución de los tipos de interés durante el periodo de vigencia del contrato y trascendencia económica de las operaciones en todos sus escenarios posibles, y en relación a su situación económica, la posibilidad de tener liquidaciones negativas de cantidades bastante elevadas en el caso de una bajada brusca del Euribor, y d) ni tampoco que la cancelación anticipada del contrato podría conllevar importantes costes asociados. Además, en última instancia, la formalización de la operación se propuso por la entidad bancaria, como una condición más de la financiación fotovoltaica concedida, a modo de cobertura, pero siendo a la postre la mecánica del producto contradictoria con la finalidad perseguida de cobertura del riesgo de subida de tipos de interés, modificando en perjuicio del cliente las condiciones financieras del préstamo concedido inicialmente a interés variable, pasando a un interés fijo.

Lo expuesto comporta que las reales características y consecuencias del producto contratado (que le fue omitido por la parte demandada al no proporcionarle la información necesaria y completa) es considerado

representativo de un vicio del consentimiento de la demandante, por conocimiento equivocado de la realidad del objeto del contrato (error).

Por lo que respecta a la incidencia que, en orden a la prestación del consentimiento contractual de la parte demandante, ha podido tener las verdaderas características del producto contratado, ha de estimarse la pretensión actora de fundar sobre aquéllas la existencia de un error que ha viciado la formación de su voluntad contractual; y ello por reunir el supuesto error los requisitos necesarios de la esencialidad y excusabilidad. Así: **a)** se entiende que afecta esencialmente al objeto del contrato y a la finalidad perseguida por las partes (en concreto, la parte demandante no pensaba que iba a sufrir un coste de la entidad del liquidado, desconociendo los riesgos asumidos), esencia que, de llegar a conocer, hubiera llevado a la demandante a no suscribir el producto; y **b)** la demandante no tuvo un conocimiento preciso de las características del producto y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía, no pudiendo llegar a inferirse dicho conocimiento de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones (las cuales, pese a lo pretendido por la demandada -defiende que funciona como una simple regla de tres-, son de difícil comprensión para una persona que carece de especiales conocimientos bancarios o financieros); lo que hace excusable el error invocado por el actor (ya que, pese a reconocer espontáneamente su apoderado en el acto del juicio que no leyó el contrato al confiar en el director de la sucursal, con su mera lectura no hubiera evitado esa creencia errónea sobre la naturaleza del swap, dada la oscuridad de su clausulado, la cantidad de documentación a firmar y la falta de información precontractual, pues, según declara la sentencia de la Sección Civil de AP de Córdoba de 5 de mayo de 2.015, en estos casos el error no sería inexcusable al existir una previa información precontractual a cargo de la entidad financiera que aquí no se facilitó), y precisamente, esa *ausencia de información al cliente permite presumir en este caso el error invalidante de su consentimiento, según doctrina del Tribunal Supremo. En este sentido, la ya citada sentencia de la AP de Córdoba de fecha 24 de julio de 2.014, concluye afirmando lo siguiente: “La Sentencia del mismo Alto Tribunal de 13 de febrero de 2007 establece que, para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa, el empresario que la dirige debía haberse apercebido de la trascendencia de lo que firmaba. Cualquier persona normal puede dirigir una empresa y tener conocimientos del sector profesional al que se dirige y encontrarse, a su vez, en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario”*. Por lo tanto, se ha de estimar por esta razón la acción de nulidad del contrato de operaciones financieras, lo que comporta la estimación de la demanda.

SEXTO.- Por todo lo anterior, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia no puede ser otra que la declaración de nulidad del contrato de confirmación de swap suscrito entre las partes en fecha 6 de agosto de 2.008, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido material del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses desde las fechas de los respectivos cargos y abonos, e incluidos los procesales del artículo 576 de la LEC, conforme dispone el artículo 1.303 del Código Civil. Debiendo procederse a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula en la cuenta asociada, sin que ninguna de las partes sea acreedora o deudora la una de la otra. Debiendo condenarse a la parte demandada a la retrocesión de todos los apuntes contables. En cuyos términos se estima íntegramente la demanda.

SÉPTIMO.- La estimación íntegra de la demanda comporta la condena de la parte demandada al pago de las costas procesales causadas, por aplicación del artículo 394.1 de la LEC (principio del vencimiento objetivo).

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora de los tribunales doña Carmen María Moreno Reyes, actuando en nombre y representación de las entidades 7 CLIENTES SL, contra la entidad LIBERBANK, S.A., con los siguientes pronunciamientos:

1º.- DECLARAR la nulidad del contrato de confirmación de swap suscrito entre las partes litigantes por error en el consentimiento prestado por la parte demandante, de fecha 6 de agosto de 2.008 (documento nº 5 de la demanda).

2º.- CONDENAR a la entidad LIBERBANK, S.A. a estar y pasar por la anterior declaración, y en consecuencia, a la retrocesión de todos los apuntes contables y a la restitución de las prestaciones, abonos y cargos efectuadas a la parte actora a causa del meritado contrato de permuta financiera, con sus intereses legales desde las fechas de sus respectivos cargos y abonos, e incrementados en dos puntos desde la fecha de dictado de esta sentencia y hasta su completo pago.

3º.- CONDENAR a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe RECURSO DE APELACIÓN que, en su caso, deberá interponerse dentro de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación y del que conocerá la Audiencia Provincial de Córdoba.

Para la admisión a trámite del recurso deberá efectuarse previamente la constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado nº 1436, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 02 y tipo concreto de recurso, de conformidad en lo establecido con el apartado 5º de la Disposición adicional 15ª de la LO 6/1985, del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio fiscal, Estado, Comunidad Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo

PUBLICACIÓN: Dada, leída y publicada que fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrado-Juez que la suscribe estando celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”.