



Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 11 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549453
FAX: 935549553
EMAIL: instancia53.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168063345

Procedimiento ordinario 349/2016 -4A

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Barcelona
Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)
Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)
Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: LOGALMA
IPROCOMSA SL
Procurador/a: Juan Alvaro Ferrer Pons
Abogado/a: Lluís Ferrer De Nin

Parte demandada/ejecutada: BBVA
Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 99/2018

Magistrada: Berta Pellicer Ortiz

Barcelona, 27 de abril de 2018

En la ciudad de Barcelona , a 27 de abril de 2018 .

Vistos por mí, Berta Pellicer Ortiz, Magistrada - Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Barcelona , los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** , registrados bajo número 349/2016-4A , seguidos ante este Juzgado a instancia de la entidad mercantil "----- , S.L." , representada por el Procurador de los Tribunales Don Álvaro Ferrer Pons y asistida por el Letrado Don Lluís de Ferrer Nin , contra la mercantil "**BBVA S.A.**" - **ANTIGUA CATALUNYA BANC , S.A.**" , representada por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio López Chocarro y asistida por el Letrado Don David ----- , los cuales versan sobre **acción de nulidad de contratos de cobertura de tipos de interés y reclamación de cantidad** y atendiendo a los siguientes ,





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la referida parte actora se presentó la demanda origen de los presentes autos, en base a los hechos, que en lo menester se dan por reproducidos, y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y terminó suplicando se tuviera por interpuesta demanda de juicio Ordinario y se sirviera admitirla junto con los documentos acompañados, dictándose tras los oportunos trámites sentencia por la que ,con íntegra estimación de la Demanda , *se declare la nulidad de los contratos formalizados por las partes en torno al Contrato Swap Creciente con Barrera , concretamente , el Contrato Marco de O. F , el contrato Swap creciente con barrera por importe de un millón de euros y la confirmación del swap creciente con barrera , que se aportan como Documentos 1 a 3 de la Demanda , de fecha de 3 de marzo de 2.006, por estimarse la acción principal de anulabilidad del contrato por haber sido prestado el consentimiento por error , ex artículos 1.266 y 1.303 CC o subsidiariamente la acción de indemnización de daños y perjuicios , ejercitada al amparo del artículo 1.101 CC, en relación a los artículos 1.258 , y 79 y 79.bis LMV , por infracción y omisión por el Banco de sus deberes de información , debiéndose las partes proceder a la restitución de las prestaciones , concretada en la restitución por el Banco del importe correspondiente a las liquidaciones negativas , por la cantidad de 69.870,86.- euros , con más sus intereses desde la fecha del pago de cada liquidación negativa , compensado este importe con el correspondiente a las liquidaciones positivas , todo ello a determinar en fase de ejecución de Sentencia . En caso de estimarse la acción ejercitada con carácter subsidiario solicita los mismos efectos , en concepto de indemnización de daños y perjuicios .*

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite y se acordó dar traslado de la demanda y documentos de la misma a la parte demandada y emplazarla para que en el plazo de veinte días compareciera en forma legal en las Actuaciones y contestara la demanda.

Dentro del plazo indicado , la parte demandada presentó Escrito de Contestación a la Demanda, en el que acababa solicitando la íntegra desestimación de la Demanda , con expresa imposición de costas a la parte actora.





Codi Segur de Verificació: 6SP807R7647TZ3QXMRTBKW1GT1UQFEL

Signat per Pellicer Ortiz, Berta;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 27/04/2018 14:20

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de este Juzgado se acordó convocar a las partes a efectos de proceder a la celebración de la Audiencia Previa.

En la fecha señalada se celebró la Audiencia Previa, a la que comparecieron ambas partes debidamente representadas por Procurador y asistidas por Letrado. Abierto dicho acto las partes manifestaron no haber llegado a un acuerdo sobre el objeto del pleito. No habiéndose opuesto excepciones de carácter procesal que debieran ser resueltas en el acto de la Audiencia Previa, ambas partes se ratificaron en sus correspondientes escritos iniciales. Ninguna de las partes impugnó los documentos aportados por la contraria, en cuanto a la autenticidad de los mismos.

Tras ello, las partes fijaron los hechos controvertidos y se procedió a la proposición de prueba, que fue admitida, en los concretos términos que constan en las presentes actuaciones.

Tras ello se señaló como fecha para la celebración del juicio el día 24 de abril de 2018.

CUARTO.- En la fecha indicada se procedió a la celebración del acto del juicio, practicándose todos medios probatorios que habían sido propuestos y admitidos, excepto los que obran reflejados en autos por haber sido expresamente renunciados por las partes. Tras ello las partes evacuaron el trámite de conclusiones y, no habiéndose solicitado ni acordado la práctica de Diligencias Finales, quedaron los autos en la Mesa de S.S.^a para dictar Sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones legales y garantías procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones y alegaciones de las partes .

Por la referida parte actora se presentó la demanda origen de los presentes autos, en base a los hechos, que en lo menester se dan por reproducidos, y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y terminó suplicando se tuviera por interpuesta demanda de juicio Ordinario y se sirviera admitirla junto con los documentos acompañados, dictándose tras los oportunos trámites sentencia por la





que ,con íntegra estimación de la Demanda , se declare la nulidad de los contratos formalizados por las partes en torno al Contrato Swap Creciente con Barrera , concretamente , el Contrato Marco de O. F , el contrato Swap creciente con barrera por importe de un millón de euros y la confirmación del swap creciente con barrera , que se aportan como Documentos 1 a 3 de la Demanda , de fecha de 3 de marzo de 2.006, por estimarse la acción principal de anulabilidad del contrato por haber sido prestado el consentimiento por error , ex artículos 1.266 y 1.303 CC o subsidiariamente la acción de indemnización de daños y perjuicios , ejercitada al amparo del artículo 1.101 CC, en relación a los artículos 1.258 , y 79 y 79.bis LMV , por infracción y omisión por el Banco de sus deberes de información , debiéndose las partes proceder a la restitución de las prestaciones , concretada en la restitución por el Banco del importe correspondiente a las liquidaciones negativas , por la cantidad de 69.870,86.- euros , con más sus intereses desde la fecha del pago de cada liquidación negativa , compensado este importe con el correspondiente a las liquidaciones positivas , todo ello a determinar en fase de ejecución de Sentencia . En caso de estimarse la acción ejercitada con carácter subsidiario solicita los mismos efectos , en concepto de indemnización de daños y perjuicios .

Según resulta de la demanda presentada la parte demandante apoya sus pretensiones en los siguientes hechos y alegaciones:

- .- La entidad mercantil demandante tiene por objeto social la fabricación de contenedores .
- .- En la fecha indicada de 3 de marzo de 2.006 tiene lugar entre las partes la suscripción de los tres contratos anteriormente enunciados , todo ello a iniciativa del Banco , concretamente del Director de la Oficina de la entidad en la localidad de Piera , el Sr Carulla y todo ello vinculado a una operación de Crédito que precisaba la actora , que se formalizó como un Contrato de Crédito con garantía hipotecaria , que se aporta como Documento 4 de la Demanda .
- .-Alega la actora que en todo momento se le presentó el producto cuya declaración de nulidad interesa como un seguro .
- .-El banco no informó a la parte actora de la naturaleza , características y riesgos del mismo.Además se trata de un contrato complejo , del que se deriva una clara desproporción entre los derechos y obligaciones de las partes.
- .-La parte actora no precisaba de la contratación del swap , sino únicamente del contrato de credito con garantía hipotecaria .
- .- Formalizada la contratación de fueron devengando las correspondientes liquidaciones entre los años 2.007 y 2.016 , pues el





contrato tenía prevista una duración de 10 años , que finalizó el día 1-4-2.016 , que ocasionaron una pérdida para la actora por importe de 69.870,86.- euros , que ha devengado un interés legal de 9.504,35.- euros , según pericial que aporta como Documento 6 de la Demanda , emitido por los Sres ----- ----- si bien todo ello deberá ser liquidado en periodo de ejecución de Sentencia.

De todo ello se sigue que , en definitiva , la parte actora apoya sus pretensiones en las siguientes alegaciones :

- 1.- El swap es un contrato complejo al que resulta de aplicación la normativa de Mercado de Valores .
- 2.-Es un contrato de adhesión , redactado unilateralmente por la entida financiera.
- 3.- Fue la entidad financiera la que “tomó la iniciativa” , por lo que debe estimarse que existió una recomendación de un producto contrato , por lo que la entidad desplegó una actividad de asesoramiento.
- 4.-El legal representante de la actora no tenía conocimientos específicos en materia financiera .
- 5.-El Swap le fue presentado como un prodcuto de cobertura ante el riesgo de subida de los tipos de interés.
- 6.-No se informó al cliente de que se trataba de un prodcuto que le podia causar graves pérdidas económicas .
- 7.- La falta de información determinó que la entidad actora prestara un consentimiento viciado por error.

La parte demandada contestó a la demanda, oponiéndose y solicitando la desestimación de la misma y la condena en costas a la parte actora.

Opuso, en síntesis, lo siguiente: caducidad de la acción, considerando que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de anulabilidad estaría en la fecha en la que la actora recibió la primera liquidación negativa o según las alegaciones en el acto del juicio , en el año 2.011 , cuando el actor reconoce expresamente que acudió a la oficina para solicitar la cancelación anticipada , ante las importantes liquidaciones negativas que se le había girado , por lo que interpuesta la demanda en el mes de marzo de 2.016, la acción estaría caducada; ausencia de perfil conservador y nula experiencia inversora, ya que la sociedad actora es una empresa con una larga trayectoria , con un capital social y volumen importantes, de manera que su legal representante podía comprender lo que suscribió ya que tenía experiencia en el mercado y en el trato con entidades bancarias, habiendo reconocido la propia parte que llevaba varios años operando con CAIXA CATALUNYA y que había suscrito varios prodcutos. Además tampoco se necesitaban unos conocimientos técnicos importantes para entender el producto. No se le ofreció el producto como un seguro, sino





como cobertura contra las subidas de tipos de interés, cuya finalidad era cambiar la estructura de financiación de una empresa cubriéndola de las posibles subidas de los tipos que van oscilando, convirtiéndola en un tipo fijo. Se le ofreció ante la preocupación por la subida de los tipos de interés, que iban subiendo y los pronósticos apuntaban a una tendencia alcista

No es cierto que se ofreciera el producto como un seguro gratuito, puesto que se ofrecía como una cobertura ante las subidas de los tipos de interés. La entidad puso a disposición de la actora toda la información relevante con carácter previo a la firma, por lo que pudo valorar si le convenía o no. Se mantuvieron reuniones previas a la firma en las que se le explicó el producto, su funcionamiento y los riesgos, que consistían en la posibilidad de liquidaciones negativas y que la cancelación tenía un coste. Además así consta dicha información en los contratos que recogen clara y expresamente los riesgos, y el coste de la cancelación, sin que los términos en que están redactados los contratos puedan inducir a error alguno que invalide el consentimiento. Se firmó previamente el CMOF que fija las bases sobre las que se efectuarán las operaciones financieras concretas y que se concretan en el documento de confirmación que se suscribió el mismo día. Además se le informó verbalmente. La actora fue informada asimismo de los posibles escenarios. Y todos los apartados están firmados por la actora. Cuando se firmó el contrato, el euribor oscilaba entre los valores pactados. No se trata de un producto de difícil comprensión, y el Banco de España lo ha considerado adecuado a las buenas prácticas y usos financieros. La tendencia del mercado era alcista, sin que fuera previsible un descenso de los tipos de interés. Se cumplió por la demandada la normativa vigente al tiempo de la contratación. No existe error en el consentimiento prestado por la actora y no concurren los requisitos para que pueda prosperar la acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada con carácter subsidiario.

Alega además el Banco demandado la inexistencia de asesoramiento en materia de inversión en la normativa en vigor en el momento de la contratación de los SWAP'S; que, en todo caso, el error debe recaer sobre elementos esenciales del contrato y no sobre proyecciones futuras de los elementos aleatorios; no aplicabilidad o no aplicabilidad autónoma ni del TRLGDCU ni de la LCGC.

Finalmente, y en cuanto a la cláusula de cancelación anticipada opone que los deberes de información del coste de la cancelación anticipada solo opera en los contratos que prevean la posibilidad de cancelación anticipada a instancia del cliente, lo que no se pactó en este caso y que, en todo caso, no ha de comportar la nulidad del contrato.

Celebradas la correspondiente audiencia previa y juicio oral, se **Expuestas las alegaciones y pretensiones de las partes**,





los extremos controvertidos se analizarán separadamente , haciendo referencia a los siguientes extremos :

1º Caducidad de la acción; 2º Perfil de la demandante como experta en el tráfico mercantil y en el trato con entidades bancarias que la hacían conectora de lo que contrataba; 3º Se proporcionó a la demandante la debida información precontractual, contractual y postcontractual; 4º Se cumplió por la demandada con la normativa propia del mercado de valores; y 5º Inexistencia de error en el consentimiento.

SEGUNDO.- Caducidad de la acción de anulabilidad.

En relación a la caducidad de la acción de anulabilidad que ha sido opuesta , procede indicar que en el caso de autos, el contrato de permuta financiera se suscribió el 3/3/06 y tenía como vencimiento el 1/4/2016, se trata éste de un extremo incontrovertido entre las partes. La demanda de autos se presentó en el mes de marzo de 2.016.

Dicho lo cual, si acudimos a la *sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015* (que analizaba un supuesto en el que se había contratado un seguro denominado "Unit Linked Multiestrategia" a través del cual la entidad bancaria comercializaba sus fondos de inversión), ésta se ha referido expresamente a la cuestión del cómputo del plazo para ejercitar la acción de nulación de contratos financieros o de inversión complejos y de trato sucesivo, por error en el consentimiento, como el de autos.

Esta sentencia interpreta el *artículo 1301 del Código Civil* cuando alude al día inicial de comienzo de la acción de anulabilidad "desde la consumación del contrato ", y razona que no puede confundirse la consumación con la perfección, debiendo entenderse que la consumación tiene lugar cuando se produce la realización de todas las obligaciones, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes o cuando se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó. Y respecto a los contratos de trato sucesivo (cita la *sentencia núm. 569/2003, del TS de 11/6/2003*), declara la citada *sentencia núm. 569/2003* , "« Así en supuestos concretos de contratos de trato sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante





el cual se concertó" ».

Y sigue diciendo: "Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión, actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el





cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error...".

Esta doctrina se reproduce en otras sentencias posteriores, como son la *sentencia número 376/2015, de 7 de julio* ; *102/2016, de 25 de febrero* , la *435/2016, de 29 de junio* , *489/2015, de 16 de septiembre* ; *718/2016, de 1 de diciembre* ; *11/2017, de 13 de enero* ; y la *153/2017, de 3 de marzo* . Todas las sentencias mencionadas del Tribunal Supremo se refieren a diferentes productos financieros, todos ellos, complejos, y tratan el plazo como de caducidad y no de prescripción.

En concreto, en las *sentencias del Alto Tribunal mencionadas de 13/1/17 y de 3/3/17* , referidas a permuta financiera de tipos de interés (swap) se reproduce íntegramente la doctrina indicada y se dice que en el caso concreto el comienzo del plazo para el ejercicio de la acción no podía computarse hasta que el cliente percibió la primera liquidación negativa, o en su defecto, tuvo conocimiento concreto del elevado coste de cancelación anticipada del producto, momento a partir del cual la parte demandante ya conocía la operativa comercial del producto y sus efectos nocivos.

Pues bien, según **sentencia del Tribunal Supremo, también de Pleno, dictada el 19/2/18- cuya doctrina reitera en la STS 202/2018 , Sala 1ª , de 17-4-2.018** , la consumación de contratos como el de autos no se produce hasta el agotamiento o extinción de la relación contractual. La mencionada sentencia razona como sigue: "... 3.- A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

*En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la *sentencia 339/2016, de 24 de mayo* , ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce*





pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés ...".

El Alto Tribunal, en esta *sentencia de 19/2/18* y en relación con la *sentencia de Pleno de 12/1/15*, afirma que " *Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.*

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato» ...".

Por tanto, en el caso de autos el inicio del cómputo para el comienzo del plazo de caducidad coincide con el de la consumación del contrato, que, en el caso de autos se produjo el 1-4-2.016, por lo que habiéndose formulado demanda en el mes de marzo de 2.016, no puede entenderse caducada la acción entablada.

En este orden de cosas, y saliendo al paso de las alegaciones de la parte demandada en trámite de conclusiones, la doctrina del TS de 2.018 es clara y meridiana, no deja dudas sobre su interpretación, por lo que no pueden ser estimadas las alegaciones del Banco según las cuales por aplicación del CCCatalunya e incluso en una interpretación de la propia STS de 19-2-2.018, se puede seguir sosteniendo que el dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad de 4 años, estaría en la fecha en la que la actora recibió la primera liquidación negativa o según las alegaciones en el acto del juicio, en el año 2.011, cuando el actor reconoce expresamente que acudió a la oficina para solicitar la cancelación anticipada, ante las importantes liquidaciones negativas que se le había girado, por lo que interpuesta la demanda en el mes





de marzo de 2.016, la acción estaría caducada.

Por todo ello debe decaer el primer motivo de oposición que formula la entidad bancaria demandada.

TERCERO.- Contrato de swap .

Según **SAP Barcelona , Sección 1ª , de 26 de mayo de 2015** (Rollo 506/2013),

"... Antes de entrar en las particularidades de la operación y de la información facilitada al cliente, que son los puntos fundamentales en los que se centra el litigio, se considera conveniente recordar (como señalábamos en nuestra sentencia de 30 de junio de 2014) que se trata éste de un "contrato mediante el cual ambas partes acuerdan intercambiar flujos de efectivo sobre un cierto principal a intervalos regulares de tiempo durante un periodo dado, pudiendo tomar como variables para formalizar dicho intercambio la cotización de tipos de interés (IRS), divisas (currency swap), materias primas (commodity swap), acciones (equity swap), etc., de modo que un swap sobre tipos de intereses no es más que un intercambio de pagos periódicos de intereses calculados sobre un capital nominal de referencia (nacional), pero con tipos de referencia distintos de modo que, por lo general, una parte acordará el pago en base a un tipo de interés fijo y la otra lo hará a tipo de interés variable en función de un determinado indicador como puede ser el Euribor".

Participa este tipo contrato de las características que resumidamente reseñó esta Sección 1ª en sentencias de 28 de junio de 2012 y 4 de marzo del 2014 , a saber:

"a) Es un contrato atípico, en el sentido de que no está regulado por la ley, si bien lo contempla el apartado segundo del artículo 2 de la ley 47/2007 que modificó la ley 24/1988, del Mercado de Valores.

b) Es un contrato que la ley indicada 47/2007 califica de complejo (art. 79 bis), por lo que precisa de información adecuada al usuario de los servicios bancarios que no tenga la cualificación de profesional financiero.

c) Es un contrato sinalagmático que genera reciprocidad de derechos y de obligaciones.

d) Es un contrato principal y autónomo, esto es, que no depende de ningún contrato subyacente sino que las obligaciones que se generan para las partes contratantes son independientes de los





contratos de financiación cuyo riesgo de tipo de interés se pretende mitigar mediante el swap .

e) Es un contrato consensual, porque se perfecciona desde el momento en que las partes lo suscriben.

f) Es un contrato de carácter oneroso ya que las partes pretenden la obtención de alguna ventaja de carácter económico.

g) Es un contrato conmutativo y no puramente aleatorio porque las partes conocen sus deberes y obligaciones en el momento de su celebración, de manera que la aleatoriedad queda limitada al concreto importe de las prestaciones que periódica y recíprocamente se habrán de satisfacer, y sin perjuicio de que la referida aleatoriedad pueda compensarse en la proporción que se convenga.

h) Es un contrato de tracto sucesivo porque su ejecución no se consuma en un momento único sino que implica la realización de sucesivas y recíprocas operaciones de liquidación "...".

Asimismo cabe destacar que la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de julio de 2014 , referida precisamente a un SWAP de tipos de interés suscrito por una mercantil, concluye lo siguiente: " Esto último merece la consideración final de que presentar un swap como un seguro contra el riesgo de la subida de los tipos de interés induce por sí mismo al error de quien recibe tal asesoramiento, porque en el contrato de seguro, ciertamente aleatorio, la pérdida para el tomador del seguro consistiría en seguir pagando la prima aunque los tipos de interés no subieran, mientras que en el swap la pérdida consiste en el pago de muy considerables cantidades de dinero si los tipos de interés bajan, lo que lo aleja de la estructura del contrato de seguro para aproximarle a otro contrato también aleatorio pero muy diferente como es el de apuesta " .

Se trata, por último, según tiene declarado reiterada jurisprudencia y también STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), de un contrato complejo y arriesgado, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco a la que más adelante aludiremos (STS 9/6/17).

CUARTO.- Perfil inversor.





Para determinar a qué estaba obligada la demandada en lo que se refiere a los deberes de información, debe establecerse qué tipo de cliente es la mercantil demandante.

Al respecto, tiene declarado el Tribunal Supremo (STS 22/1/18), lo siguiente:

"... Según recuerda la ya referida sentencia 10/2017 :

«No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. [...] Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009».

De esta doctrina jurisprudencial resulta que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre , 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre , 676/2015, de 30 de noviembre , 2/2017, de 10 de enero , y 11/2017, de 13 de enero).

En nuestro caso y aun aceptando que la entidad mercantil demandante tenía un volumen de negocio importante , ha quedado acreditado que su objeto social era totalmente ajeno al ámbito bancario-financiero que nos ocupa , pues consistía en la fabricación de contenedores , era un empresa que caracía de contable y de departamento Financiero y de contabilidad , siendo que su representante actuó en la confianza que le merecía el personal de la oficina , como resulta de la testifical prestada por el Sr Carulla que posteriorment se expondrá.





En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., *sentencias 676/2015, de 30 de noviembre* , *2/2017, de 10 de enero* y *11/2017, de 13 de enero*), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto» (*sentencia 594/2016, de 5 de octubre*). ...".

Por todo ello , aun en casos en los la sociedad actora tuviera un capital suscrito y desembolsado de más de 1.000.000.- euros; que su objeto social fuera alquiler de bienes inmobiliarios, o que sus administradores o socios tengan estudios universitarios o que no sean personas iletradas, la jurisprudencia ha concluido que ello no les convierte en clientes profesionales con conocimientos suficientes para tomar sus decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos, ni exime a la entidad bancaria de proporcionar la información a que viene obligada . Tampoco puede presumirse la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. Como viene declarando la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni la condición de sociedad del cliente ni la experiencia inversora de sus administradores en la gestión empresarial o en la contratación bancaria dentro del tráfico de la empresa presuponen la experiencia y conocimientos exigibles en este tipo de contratación.

En este sentido, la *sentencia del Tribunal Supremo de 6/7/17* ha dicho que "... *Resultan igualmente contrarias a la jurisprudencia de esta sala las consideraciones de la sentencia recurrida sobre el perfil de la cliente y su incidencia a la hora de destruir la presunción de error esencial y excusable que deriva del incumplimiento de los deberes legales de información por parte de la entidad financiera (en particular, que su administrador conocía el producto y sus riesgos, dada su experiencia empresarial y su experiencia en la contratación bancaria de productos swap y otros similares y que, en todo caso, podía haberse asesorado), pues la doctrina jurisprudencial viene reiterando (entre las más recientes, sentencias 676/2015, de 30 de noviembre , 2/2017, de 10 de enero , 11/2017, de 13 de enero , y 282/2017, de 10 de mayo) «que ni la condición de sociedad del cliente ni la experiencia de sus administradores en la gestión empresarial o en la contratación bancaria dentro del tráfico ordinario de la sociedad presuponen la tenencia de los específicos conocimientos financieros que exige la contratación de esta clase de productos debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad del swap [...]; que en todo caso es la empresa de servicios de*





inversión la que está obligada a facilitar dicha información, impuesta por la normativa legal, y no sus clientes quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar asesoramiento experto o formular las correspondientes preguntas, lo que supone que la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 676/2015, de 30 de noviembre , citadas por las más recientes 7/2017, de 12 de enero , 143/2017, de 1 de marzo , y 163/2017, de 8 de marzo); y en fin, que tampoco la previa celebración de contratos de swap supone que los clientes conocieran los riesgos, sino precisamente lo contrario, puesto que por ignorar a lo que se estaban exponiendo seguían firmando contratos sin noción real del alcance de los riesgos patrimoniales (sentencia 7/2017, de 12 de enero)» ...".

QUINTO.- Deber de información.

Para determinar a qué estaba obligada la demandada en lo que se refiere a los deberes de información, debe partirse del presupuesto de que, en el caso, se trataba de un cliente no profesional, lo que ya ha sido extensamente razonado anteriormente.

El contrato de autos es anterior a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso al derecho interno la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), mediante, en lo que ahora interesa, la introducción del *art. 79 bis en la Ley del Mercado de Valores* , que especifica los deberes de información.

Pues bien, acerca del alcance de los deberes de información en este tipo de contratación, la *sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2016* ha dicho lo siguiente:

"...Como ya hemos advertido en numerosas sentencias (entre ellas, *sentencias 460/2014, de 10 de septiembre* , y *547/2015, de 20 de octubre*), también con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen





el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de " *asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]*".

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El *art. 5 del anexo de este RD 629/1993* regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

« 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos» .

Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia los





contratos de permuta financiera o swap tienen la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los deberes de información expuestos: «dicho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» (*sentencia 559/2015, de 27 de octubre*)..."

Al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero (*STS 13/1/17*), puesto que la testifical practicada fue clara en el sentido de acreditar que fue la entidad la que ofreció el producto al cliente , el cual únicamente precisaba de una operación de Crédito para el desarrollo de su actividad empresarial , el deber que pesa sobre la entidad no se limita a cerciorarse de que el cliente conoce bien en qué consiste el swap que contrata y los concretos riesgos asociados al producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

Según la *sentencia del Tribunal Supremo de 6/7/17* la información debe ir más allá de una mera ilustración sobre "lo obvio", no siendo suficiente a tal efecto el contenido del contrato suscrito, tratándose de una obligación de información activa y no de mera disponibilidad, que debe realizarse con antelación suficiente, y que debe implicar, no solo la información acerca de la posibilidad de que se produzcan liquidaciones negativas sino que a través de esa información el cliente debe poder representarse hasta qué punto podía llegar a ser el quebranto económico, y el coste de la cancelación del producto:

"...En efecto, constantemente viene declarando la jurisprudencia que la obligación informativa del banco es activa, no de mera disponibilidad, que ha de ser realizada con antelación suficiente a la firma del contrato y que no puede suponer una mera información sobre lo obvio. En este caso, la información precontractual fue inexistente, pues no existe prueba documental u objetiva de que el banco informara a la cliente con carácter previo a la contratación del swap sobre las características del mismo, y en particular sobre los específicos riesgos que llevaba asociado, como la posibilidad de que se generasen importantes pérdidas patrimoniales en caso de bajada abrupta y prolongada de los tipos de interés o la necesidad de afrontar un importante coste en caso de cancelación anticipada. Los hechos probados permiten concluir que la única información recibida por la demandante, por medio de su administrador, fue la que se le facilitó con la documentación contractual, que esta sala viene considerando insuficiente. Por eso no es determinante que dicha documentación





estuviera en su poder durante quince días antes de firmar, ya que, además de que ni tal circunstancia ni la lectura del contrato excusaban la anterior inactividad de la entidad financiera, la realidad ha demostrado que tampoco su puesta a disposición con esa antelación, sin más explicaciones, evitó que el cliente careciera de la información necesaria sobre las características del producto y sus riesgos en el momento de la firma. Los escenarios a los que se refiere la sentencia recurrida son los mencionados en el anexo sobre el funcionamiento del producto (por lo que tampoco se ha probado la realización previa de simulaciones), y tampoco de ellos se desprende una explicación suficiente que vaya más allá de lo obvio, al quedarse en que el producto podía generar liquidaciones negativas pero sin dar idea del importe de las mismas en cada caso y, por tanto, sin permitir que la demandante pudiera representarse hasta qué punto podía llegar el quebranto económico de producirse una situación alcista prolongada. El test de conveniencia fue simultáneo a la firma del contrato y se omitió el de idoneidad, que opera en casos como este en los que se ha prestado un servicio de asesoramiento financiero, por lo que el banco no pudo cerciorarse, como debía, de que el producto era idóneo para la situación financiera de la cliente y para sus objetivos de inversión (entre las más recientes, *sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 589/2016, de 23 de noviembre, y 244/2017, de 20 de abril*). Tampoco sirve de excusa la inclusión de una cláusula según la cual la cliente manifestaba conocer y aceptar los riesgos inherentes o que pudieran derivarse del producto contratado, ya que la jurisprudencia viene considerándola como una fórmula predispuesta por el profesional, vacía de contenido al resultar contradicha por los hechos (en tal sentido, por ejemplo, *sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril*). Finalmente, la omisión de información precontractual sobre el coste de cancelación anticipada (elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante) tampoco fue paliada por el contenido contractual, pues la mera referencia documental a que la cancelación anticipada sería posible con un coste que se calcularía por la situación del mercado en el momento de la cancelación se ha venido considerando por esta sala como insuficiente (entre las más recientes, *sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 204/2017, de 30 de marzo, 211/2017, de 31 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril*)..."

Tampoco resulta suficiente para llenar el deber de información el contenido de la documentación contractual ni un aviso genérico sobre los riesgos. Así lo razona la *sentencia del Tribunal Supremo de 19/2/18* (citando la de 19/12/16 y 29/3/16), cuando dice que no es suficiente un aviso genérico sobre la existencia de riesgos no siendo suficiente el contenido del propio contrato ni la lectura de las estipulaciones, sino que se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con





antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada. No basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

No se trata de que la entidad bancaria pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de una eventual fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

Esa actividad suplementaria debe consistir en explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para la demandante. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos.

Por eso son insuficientes e ineficaces (STS 5/10/15 , entre otras muchas) las menciones predispuestas en la documentación contractual conforme a la cual el cliente tiene capacidad para evaluar y entender los términos, condiciones y riesgos del mismo.

La reciente STS 222/2018 , Sala 1ª TS , de 17-4-2.018 , declara que “la práctica del test de conveniència no exime al Banco de sus deberes de información al cliente”.

En el caso de autos, debe partirse del presupuesto, probado a través de las declaraciones vertidas en el acto de juicio oral (Sr Carulla , director de la oficina en la que se comercializó el producto), de que fue la entidad demandada la que ofreció el producto, por lo que estaba obligada la demandada no sólo a informarle, en los términos indicados, acerca de la naturaleza y riesgos del producto, sino a ofrecerle un producto adecuado a situación financiera y su objetivo de





inversión, sin que resulte exigible a la parte actora preguntar o buscar asesoramiento externo de no entender el producto, pues es la parte demandada la que tenía la obligación de proporcionar la información adecuada y suficiente acerca del producto y su conveniencia.

Ello nos lleva al examen del resultado de la prueba documental y testifical practicada en autos , que pasa a exponer:

1.- DE LAS CLAÚSULAS DE LOS CONTRATOS:

En este orden de cosas , tanto del Contrato Marco de Operaciones Financieras como del documento de conformación de swap creciente con barrera y compensación , resulta de un examen de estos documentos que no se definió claramente cuál es la naturaleza del contrato- Ej. Expositivo del CMOF o Estipulación Segunda, que definió el objeto del contrato remitiéndose a diferentes tipologías de operaciones posibles .

En definitiva , los documentos contractuales presentan cláusulas poco o nada entendibles para , como la entidad actora , un usuario medio de productos bancarios , no experto en el mercado Financiero , máxime cuando el swap es un contrato complejo y desconocido en general para PYMES. Ello se aprecia también en cuanto a la cancelación anticipada , presentado el contrato una redacción de la que no es posible extraer el importe o coste de una eventual cancelación anticipada.

2.- DE LA TESTIFICAL PRESTADA POR EL SR XAVIER CARULLA:El resultado de la testifical practicada no hace sino acreditar todo lo que se ha ido exponiendo.

En este orden de cosas , el Sr _____ fue el Director de la oficina de la entidad en Piera , hasta la fecha de su jubilación en el año 2.011.

En el acto del juicio declaró que la actora era un empresa mediana y que existía una relación de confianza con el Sr _____ , que suscribió los contratos litigiosos en representación de la entidad actora.Declaró que “le recomendamos el swap” y que “era una recomendación de la entidad “, “per cobrir-se davant de possibles pujades del tipus d´interès”. Manifestó que no se advertía de que podía incurrir en graves pérdidas y que se hacían simulaciones con powerpoit “pero no a la baja”.

En cuanto al desconocimiento de la evolución del EURIBOR, no se trataba de que la demandada pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada (STS 1/6/17 y 30/5/17 , entre otras muchas).





Por último, es cierto que la contravención de normativa administrativa no conduce necesariamente a la nulidad de pleno derecho del contrato, pero, además de no haberse ejercitado esta acción de nulidad radical, como afirma la *sentencia del TS que cita la parte recurrente (15/12/14)*, eso no quiere decir que la infracción de los deberes legales de información pueda tener efectos sobre la validez del contrato si la falta de información provocó un error que vició el consentimiento.

SEXTO.- Error en el consentimiento. Nulidad del contrato.

La *sentencia del Tribunal Supremo de 10/12/15*, en relación con el error, dijo lo siguiente: "... Hemos declarado también que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque





contratos formalizados por las partes en torno al Contrato Swap Creciente con Barrera , concretamente , el Contrato Marco de O. F , el contrato Swap creciente con barrera por importe de un millón de euros y la confirmación del swap creciente con barrera , que se aportan como Documentos 1 a 3 de la Demanda , de fecha de 3 de marzo de 2.006, por estimarse la acción principal de anulabilidad del contrato por haber sido prestado el consentimiento por error , debiendo las partes proceder a la restitución de las prestaciones , concretada en la restitución por el Banco del importe correspondiente a las liquidaciones negativas , por la cantidad de 69.870,86.- euros , con más sus intereses desde la fecha del pago de cada liquidación negativa , compensado este importe con el correspondiente a las liquidaciones positivas , todo ello a determinar en fase de ejecución de Sentencia y asimismo **CONDENO** al pago de las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes , haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer Recurso de Apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar del siguiente al de la notificación de la misma , en base a lo establecido en el **artículo 458 de la LEC, en redacción dada por Ley 37/2.011 , de 10 de octubre , de medidas de agilización procesal** .A tales efectos se deberá constituir el depósito regulado en la **LO 1/2009 , de 3 de noviembre** .

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

PUBLICACIÓN.- Léida y publicada la anterior sentencia por la Sra. Magistrada - Juez que la dictó, en legal forma, y en el mismo día de su fecha. Doy fe.

