



Juzgado de Primera Instancia nº 06 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 6 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549406

FAX: 935549506

EMAIL: instancia6.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188147178

Procedimiento ordinario 523/2018 -3A

Materia: Juicio ordinario sobre productos y activos financieros

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0539000004052318

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 06 de Barcelona

Concepto: 0539000004052318

Parte demandante/ejecutante: PENTA 406 SL

Procurador/a: Juan Alvaro Ferrer Pons

Abogado/a: LLUIS FERRER DE NIN

Parte demandada/ejecutada: BANC SABADELL, SA

Procurador/a: Marta Pradera Rivero

Abogado/a:

SENTENCIA Nº 310/2019

En Barcelona, a veinte de Diciembre de 2.019.

La Ilma. Sra. Dña. ESTRELLA RADÍO BARCIELA, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número SEIS de los de esta ciudad, ha visto los presentes autos de **Juicio Ordinario nº 523/18-3A**, seguidos ante este Juzgado a instancia de **PENTA 406, S.L.**, representada por el Procurador D. Alvaro Ferrer Pons y dirigida por el Letrado D. Lluís Ferrer de Nin, contra **BANCO DE SABADELL S.A.**, representado por la Procuradora Dña. Marta Pradera Rivero y dirigido por el Letrado D. xxxxxxxx Xxxxxx Xxxxxx Xxxxxxxxxx, sobre nulidad contractual, y dicta la presente sentencia en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Procedente del turno de reparto correspondió a este juzgado demanda de Juicio Ordinario, promovida por la expresada parte actora contra el mencionado demandado, que se basaba, en síntesis, en los siguientes hechos:

Que la demandante es una empresa dedicada al sector textil, y su administrador D. Antonio Parejo es ingeniero textil, ajeno al sector financiero.





Que para su operativa comercial, la demandante venía contratando a menudo pólizas de crédito con la demandada. En concreto, la primera se contrató en fecha 21 de Mayo de 2.007 por 204.000 euros, la segunda el 23 de Julio de 2.008 por 1.200.000 euros, una tercera el 25 de Mayo de 2.009 por 127.500 euros, y varias más posteriores.

Que en ese contexto, el 22 de Enero de 2.008 se firmó, a iniciativa del Banco, un contrato de tipos de interés o SWAP para 3 años, por importe de 750.00 euros. Pero antes del vencimiento, la empleada del Banco, Sra. Xxxxx Xxxx Xxxxxx, recomendó al Sr. Parejo cancelar este contrato y suscribir otro; y así, en fecha 25 de Mayo de 2.009, se canceló el SWAP de Enero de 2.008 y se suscribió un nuevo por el mismo importe y vencimiento el 30 de junio de 2.014, suscribiéndose asimismo el 11 de junio de 2.009 la confirmación del SWAP para aparentar el cumplimiento de la normativa MIFID, puesto que el Sr. Parejo había firmado la propuesta del nuevo SWAP, el test de conveniencia y el contrato de confirmación en unidad de acto, existiendo una contradicción entre la calificación como "conveniente" que aparece en el test de conveniencia que se aporta como documento nº 7, y la calificación de "no conveniente" que aparece en el documento de confirmación que se aporta como documento nº 9.

Que pese al perfil minorista que la demandada reconoció a la actora, y la labor de asesoramiento de la empleada del Banco, no se realizó el test de idoneidad.

Que la demandada no informó debidamente a la actora de la verdadera naturaleza del producto, induciendo a error a la demandada al hacerla creer que estaba concertando un producto de cobertura ante el riesgo de subidas de los tipos de interés, habiendo ocasionado el SWAP un perjuicio a la demandante de 110.523,04 euros.

Que no se solicita la nulidad del SWAP de 2.008 por haber caducado la acción.

Tras exponer los Fundamentos de Derecho que entendía de aplicación, en el suplico de la demanda se solicitaba que, previos los trámites legales, se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1)DECLARE LA NULIDAD O ANULABILIDAD del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) de 19 de enero de 2008 y del contrato de SWAP formalizado entre las partes el día 11 de junio de 2009 y con vencimiento el 30 de junio de 2014.





2) CONDENE A BANCO DE SABADELL S.A., a restituir lo percibido de las liquidaciones negativas, minorando las cantidades percibidas por las positivas, siendo un total de **110.523,04 euros**, con los intereses legales desde cada pago de liquidación negativa compensando las positivas y que se van liquidar en ejecución de Sentencia.

3) Subsidiariamente, declare incumplido el contrato y **CONDENE A BANCO DE SABADELL S.A.** a indemnizar por daños y perjuicios a **PENTA 406 S.L.**, por la cantidad de 110.523,04 euros, más el interés legal desde cada pago de liquidación, tanto positiva como negativa, a liquidar en ejecución de sentencia.

4) CONDENE a pagar las COSTAS a la demandada”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada, que compareció y se opuso, alegando en primer lugar caducidad de la acción de nulidad, por considerar que el dies a quo debe ser el de la primera liquidación negativa, y en todo caso, el SWAP se habría consumado el 10 de junio de 2.014, puesto que el documento nº 12 de la demanda fija la última liquidación en esa fecha, y habiéndose presentado la demanda el 27 de junio de 2.018, la acción de nulidad estaría caducada, citando al efecto el art. 122.1 del CCCat y el 1.303 del CC. .

En cuanto al fondo, negó la existencia de vicio del consentimiento, sosteniendo que se proporcionó a la actora información adecuada, y que el SWAP de 2.008 ya había dado liquidaciones negativas, por lo que al suscribir el nuevo SWAP el representante de la actora ya conocía que el producto podía originar liquidaciones negativas. Y por esa misma razón, tampoco concurren los requisitos para que prospere la acción indemnizatoria que se plantea con carácter subsidiario.

En base a ello, la demandada solicitó se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Se celebró la audiencia previa en la que las partes manifestaron la imposibilidad de acuerdo, quedando fijados los términos del





debate según los respectivos escritos de demanda y contestación, si bien la actora aclaró que no se ejercita acción de nulidad radical, como mencionaba la demandada en la contestación.

Por ambas partes se propuso prueba que fue admitida, convocándose a las partes a la celebración del juicio, que ha tenido lugar el día 4 del presente mes de Diciembre, practicándose las pruebas que constan en el correspondiente soporte audiovisual, tras lo cual las direcciones letradas de las partes formularon sus conclusiones orales, dándose por terminado el juicio y quedando el pleito concluso para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales de ineludible cumplimiento, y la sentencia se dicta dentro del plazo que la ley establece.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteados los términos del debate según ha quedado expuesto, la parte actora, PENTA 406, S.L., ejercita, con carácter principal, acción de nulidad relativa del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito en fecha 11 de Junio de 2.009, con vencimiento el 30 de Junio de 2.014, por importe nominal de 750.000 euros, por haber concurrido por su parte error invalidante en la prestación del consentimiento.

Frente a ello, la parte demandada opone, en primer lugar, la caducidad de la acción sosteniendo, con cita en el art. 122.1 del CCCat, y 1.301 del CC y jurisprudencia que menciona, que el diez a quo *“nacería con la primera liquidación negativa, y por lo tanto habría de reputarse caducada la acción ya en 2012. Pero aún teniendo en cuenta el código civil catalán, y a la vista de que el último swap objeto de litis se consuma en fecha 10 de junio de 2014 y que la actora interpone su demanda en julio del año en curso, necesariamente ha de alcanzarse la misma solución”*.

No se comparte tal argumento, siendo ya numerosas las sentencias que establecen que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de





nulidad relativa en los contratos de permuta financiera o swap, ha de iniciarse desde la consumación del contrato entendida como desde que se produce el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de los contratantes, de modo que siendo la permuta financiera un contrato de tracto sucesivo con fecha de vencimiento, hay que estar a esa fecha de vencimiento de la operación, por ser en ese momento cuando se cierra el "ciclo comercial" y el demandante es realmente consciente de los efectos perjudiciales que le ha ocasionado el producto. Y dado que en el presente caso el vencimiento estaba fijado para el día 30 de Junio de 2.014 y que la demanda rectora del procedimiento se presentó el 27 de Junio de 2.018, es visto que la acción no estaba caducada, no pudiendo aceptarse la tesis de la demandada de que la consumación se produjo el 10 de junio de 2.014, porque es en esta fecha cuando se produce la última liquidación del swap y se comunica a la demandada; y no puede aceptarse, en primer lugar porque el 10 de junio de 2.014 es cuando está fechado el documento de liquidación, pero no consta cuando fue comunicada a la demandada; y en segundo lugar y más importante, porque en la parte inferior del propio documento se indica: "**Liquidació: Banc Sabadell le adeudará en su cuenta 0081....con fecha valor 30/06/2014...= EUR 9.132,22**", lo que evidencia que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del swap no se produjo hasta el 30 de Junio de 2.014, coincidiendo con la fecha del vencimiento estipulado en el contrato.

Este criterio de la fecha del vencimiento respecto a los contratos de permuta financiera ha sido sostenido entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, de fecha 7 de Febrero de 2.017, en un supuesto idéntico al de autos en el que la entidad financiera también alegaba que el plazo de caducidad debía iniciarse cuando se produjo la primera liquidación negativa del swap. Dice dicha sentencia: "*La entidad financiera sostiene que el plazo de caducidad empezará a contar a partir del conocimiento del error de conformidad a lo previsto en el art. 122.5 del CCC y la jurisprudencia que lo interpreta (STSJC26/5/2011), aplicable al caso, y no a partir de la consumación, como prevé el 1301 del CC que no resulta de aplicación. Por lo que pretende que en el caso de autos dicho computo debe comenzar a correr desde la primera liquidación negativa del swap, que tuvo lugar en enero de 2008 y por importe de 289,39 euros, momento en que, objetivamente, la parte pudo ser consciente de haber sufrido un error, por lo que al presentarse la demanda el 8 de febrero de 2013 la acción ya estaba caducada. Criterio que, subsidiariamente, entiende debe alcanzarse igualmente a raíz de la última doctrina de los tribunales en la interpretación del art. 1301 en los contratos bancarios complejos citando al efecto la SAP Madrid de 19 de marzo de 2013.*





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[rectius, 1889], 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».





Se esta refiriendo el TS a productos bancarios complejos, pero mas concretamente a Participaciones preferentes y deuda subordinada. Tratando de favorecer al que ha sufrido el error, haciendo que no se inicie el cómputo hasta que no haya un evento que le permita ser consciente del error. O en pocas palabras, si la realidad actual es más compleja, no tiene lógica alguna "acortar" el plazo para reclamar, sino todo lo contrario.

Se opondría a la doctrina del Tribunal Supremo utilizar el momento en el que se pudo tener conocimiento del error, para perjudicar al cliente, acortando el plazo, por debajo del de cuatro años después de la consumación, establecido literalmente por el artículo 1.301 del C.Civil “.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo 264/2018, de 9 de Mayo, que cita la demandada en su contestación, viene a decir exactamente lo contrario de lo que ésta pretende respecto a la caducidad a la acción. En el caso examinado por el Alto Tribunal, se trataba de cuatro swaps encadenados sucesivamente, habiendo declarado la sentencia de apelación la caducidad de la acción respecto de los tres primeros, porque “se cancelaron y liquidaron con una antelación superior a cuatro años en relación con la presentación de la demanda”, pero no respecto al último, al no haber transcurrido respecto a este los 4 años desde el momento de la cancelación. Dice en concreto el Tribunal Supremo:

“1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción del art. 1301 CC y la jurisprudencia sobre el inicio del cómputo del plazo de cuatro años. Esta infracción se habría cometido al estimar la sentencia recurrida la excepción de caducidad de la acción respecto de los tres primeros swaps.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo primero . Como hemos recordado recientemente (sentencia 89/2018, de 19 de febrero), la jurisprudencia en la interpretación del art. 1301.IV CC, ha mantenido que el cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad empieza a correr «desde la consumación del contrato», y no antes. Sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros, por ejemplo una participación preferente, puede ser que al tiempo de la consumación del negocio todavía no haya aflorado el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento podía viciar el consentimiento





liquidación data de entonces. De tal forma que en el momento de la consumación del contrato y de la última liquidación, en mayo de 2008, Aciloe podía conocer la existencia del error vicio que invoca en su demanda para justificar la nulidad. Desde mayo de 2008 hasta que se presentó la demanda (30 de julio de 2013), transcurrieron más de cuatro años, por lo que la caducidad de esta acción de nulidad está también bien apreciada por la Audiencia.

Por su parte, el contrato de 16 de mayo de 2008 fue cancelado el 3 de julio de 2009, y la última liquidación data del 14 de julio de 2009. Desde ese momento de la consumación del contrato y de la última liquidación, el 14 de julio de 2009, Aciloe podía conocer la existencia del error vicio que invoca en su demanda para justificar la nulidad. Como desde entonces, hasta que se presentó la demanda (30 de julio de 2013), habían transcurrido más de cuatro años, la caducidad de esta acción de nulidad también está correctamente apreciada por la Audiencia"

Por el contrario, respecto al cuarto swap, que se había suscrito el 3 de Julio de 2.009, tras la cancelación del anterior, con fecha de inicio 7 de julio de 2.009 y vencimiento 7 de julio de 2.012, respecto del cual todas las liquidaciones habían sido negativas, desde la primera del período julio a Octubre de 2.009, hasta la última de abril a julio de 2.012, la Audiencia Provincial, atendiendo a la fecha de vencimiento, no apreció la caducidad de la acción, pronunciamiento que devino firme por no ser objeto de recurso de casación.

En consecuencia, en el presente caso, siendo la fecha de vencimiento el 30 de Junio de 2.014, y siendo en esta fecha en que se produce el adeudo en cuenta de la última liquidación, la acción de nulidad relativa no estaba caducada cuando se presentó la demanda el 27 de Junio de 2.018, por lo que procede la desestimación de la excepción de caducidad planteada por la demandada.

SEGUNDO.- En cuanto al fondo del asunto, tanto la acción principal de nulidad relativa por error del consentimiento, como la subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios, están estrechamente relacionadas, pues ambas pivotan sobre si la información ofrecida al administrador de la demandante por parte de los empleados del banco demandado, sobre el producto de autos, fue lo suficientemente clara y completa para que le permitiera formarse una idea cabal del mismo.

A este respecto, como señala la reciente Sentencia del Tribunal





Supremo de 16 de Octubre de 2.019, y otras muchas sobre la misma materia, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa MiFID (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Marketsin Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del texto refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que





más le conviene (sentencias de esta sala núms. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015) y 102/2016, de 25 de febrero).

Asimismo, la STS 6/2019, de 10 de enero señala que:

"Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis LMV), como en la pre MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 559/2015, de 27 de octubre)".

Y la STS del Pleno de la Sala 1ª de 20 de enero de 2014, también nos recuerda que: *"[...] 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".*

En concreto, en las SSTS 535/2015, de 15 de octubre, 549/2015, de 22 de octubre y 668/2015, de 4 de diciembre, cuya doctrina se ratifica en la STS 154/2016, de 11 de marzo, se precisa por nuestro más Alto Tribunal, cuáles son los deberes de información imparcial, que la normativa sectorial (también la anterior a la transposición de la Directiva MiFID), impone a las entidades comercializadoras de los swaps, cuya intensidad es proporcional a la capacidad del cliente para para tomar constancia de sus características y riesgos típicos, lo que hace en los términos siguientes:

"En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado





como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

"Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera, en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

"Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referenciasubee y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. La empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, si existe dicho desequilibrio y sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

"El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap. Y también debe informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente".

TERCERO.- En el presente caso, las pruebas de que disponemos son los documentos aportados por ambas partes y la testifical de la empleada de la demandada, Dña. Xxxxx Xxxxx Xxxx Xxxxxx.

Respecto a la documental, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, pues la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente para entender el funcionamiento y posibles consecuencias derivadas del mismo, siendo necesaria una actividad suplementaria por parte del empleado de la entidad que ofrece el producto, y realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de los riesgos concretos que asume el cliente, en concreto las elevadas liquidaciones negativas que se pueden producir, así como el coste de la cancelación anticipada (STS. 16/12/2015, 4/02/2016). Y tampoco basta una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que





como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultado positivos o negativos, sinó 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 (sentencia, 195/2016, de 29 de marzo, con cita de las anteriores sentencias 689/2015, de 16 de diciembre , y 31/2016, de 4 de febrero; 690/2016, de 23 de noviembre, 6/2019, de 10 de enero y 334/2019, de 10 de junio.

Es decir, " 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 " (STS 10 de junio de 2019).

En definitiva, la entidad demandada estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible a la actora, que le permitiera conocer los riesgos que el producto presentada, tratándose de un contrato que se perfeccionó en Junio de 2.009, por tanto, después de la entrada en vigor del reforzamiento de los deberes de información de la normativa MIFID, y habiendo calificado la entidad bancaria a la demandante como cliente minorista según resulta del documento 11 de la demanda. Por otra parte, como también ha señalado el TS en reiteradas ocasiones, " *no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera*" (Sentencia 676/2015, de 30 de noviembre), correspondiendo a la entidad financiera probar que ha facilitado al cliente esa información clara, correcta, precisa y suficiente, especialmente los riesgos que la operación conlleva, de conformidad con el art. 217 LEC., y ello por dos razones: la primera porque la falta de información constituye un hecho negativo de imposible prueba; la segunda por el principio de facilidad probatoria, pues es la entidad financiera la que se encuentra en condiciones de acreditar qué concreta información facilitó al cliente.

Pues bien, en el caso de autos, para constatar la información facilitada a la demandante, disponemos del contrato marco de cobertura de operaciones financieras de 18 de Enero de 2.008, que tiene por objeto establecer las condiciones generales que se aplicarán a las operaciones financieras que se contraten en cada momento por ambas partes, y que, como su propio nombre indica, contiene nociones generales sin referencia expresa al concreto producto contratado posteriormente, por lo que nada aporta sobre la información facilitada respecto al swap de autos.

El documento de solicitud de contratación del " *swap de Tipos de Interés con 2 Niveles*", y su confirmación, recogen las condiciones de la operación:





importe nominal de 750.000 euros, fecha de inicio 30 de junio de 2.009 y fecha de vencimiento 30 de junio de 2.014; tipo de referencia Euribor3M; y para los seis primeros trimestres: barrera activante 2,75%, tipo fijo 1: 2,49% y tipo fijo 2: 3,49%; y a partir del séptimo trimestre inclusive y hasta el vencimiento, barrera activante 3%, tipo fijo 1: 4,13% y tipo fijo 2: 5,13%.

Con estos datos, resulta ciertamente complicado conocer el funcionamiento del producto, no constando que se hicieran ejemplos de liquidaciones teniendo en cuenta los distintos escenarios que se podían plantear. En cuanto al resto del documento de confirmación, se contienen una serie de cláusulas de difícil comprensión para un lego en la materia, que tampoco aportan luz sobre la operativa real del producto, dándose la circunstancia de que, respecto al test de conveniencia se marca la casilla 3 en la que se dice que el resultado del test es que el producto no es conveniente para el cliente, mientras que según el documento nº 7 de la demanda, que sería dicho test, pese a que resulta ilegible prácticamente la totalidad del documento, en la parte superior se puede leer que "*Es conveniente*". Y si bien en la parte final del documento de confirmación se recoge un párrafo en el que se indica que el titular declara conocer y aceptar las condiciones particulares y generales de la confirmación de contratación de derivados que se suscribe, se trata de una cláusula genérica y estereotipada, que no puede servir para entender cumplidas las obligaciones que impone la ley a la entidad financiera, toda vez que se desconoce qué datos recabó el banco para conocer si la contratación era o no adecuada para la actora. (SSTS 11/2017 de 13 de enero; 335/2017, de 25 de mayo y 210/2019, de 5 de abril). No bastan a tales efectos la suscripción de las menciones contractualmente predispuestas de reconocimiento de la recepción de dicha información y de contar con los conocimientos específicos de los riesgos, que se revelan como fórmulas estereotipadas incorporadas a los contratos de confirmación de los swaps Nos hallamos ante contratos complejos, de no sencillo entendimiento, y cuyos riesgos varían según los distintos tipos contractuales y las concretas condiciones de permuta pactadas, así como la previsibilidad de sus índices.

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional. Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma (STS 692/2015, de 10 de diciembre).

En cuanto a la testifical de la Sra. Xxxx, dado que continúa siendo empleada de la demandada, su sola declaración no puede considerarse





suficiente para estimar cumplido el deber de información, máxime cuando fue ella la que ofreció el producto al Administrador de la actora, Sr. Parejo, y, por tanto, quien debía facilitar dicha información. Respecto a la prueba testifical de los empleados de la entidad financiera, el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de Enero de 2015 señala que *"no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco X cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado"*. De lo que resulta que esta prueba testifical no puede erigirse como única prueba, ni prevalente, debiendo ser valorada necesariamente con el resto de la aportada.

Y, en cualquier caso, dicha empleada no recordaba haber presentado al Sr. Parejo escenarios bajistas del Euribor, y declaró que le dijo al Sr. Parejo que se trataba de un producto de cobertura de tipos de interés, cuando en realidad, dados los tipos fijados, se trataba de un producto de muy elevado riesgo, de carácter especulativo, y no de cobertura en beneficio del cliente, pues con las barreras fijadas quien se estaba cubriendo en realidad era la entidad bancaria frente a la bajada del Euribor, como su funcionamiento posterior demostró.

Por otro lado, la testigo declaró que el Sr. Parejo no es economista, sino que es ingeniero, lo que concuerda con lo que se indicaba en la demanda de que es ingeniero textil, no constando que tuviera expertos conocimientos financieros, ni tampoco que la mercantil demandante tuviera un asesor externo a la entidad bancaria, con lo cual sólo estuvo asesorada por la propia entidad bancaria, con la que venía trabajando y mantenía un endeudamiento de unos 750.000-790.000 euros, como declaró la propia testigo. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la formación del contratante necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto de inversión complejo, como son los swaps, 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 complejos (SSTS, 549/2015, de 22 de octubre, 676/2015, de 30 de noviembre, 579/2016, de 30 de septiembre o 378/2019, de 1 de julio). Por ello, como afirma la STS 579/2016, de 30 de septiembre, el hecho de que la cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente. Y, en este caso no resulta acreditado que el legal representante de la actora contase con tales conocimientos.

Y a mayor abundamiento, la Sra. Xxxx declaró que en Mayo de 2.009 le planteó al Sr. Parejo una reestructuración porque este manifestaba que los intereses le estaban ahogando, y que le dijo que con este swap seguiría pagando, pero menos de lo que pagaba, siendo en esa tesitura que el Sr. Parejo cancela el swap anterior y suscribe el que es objeto de este





procedimiento. Pero el dato de que con el nuevo swap pagaría menos no era del todo exacto, como a la postre se demostró; en realidad esa información solo era correcta respecto a los primeros 6 trimestres, dado que el swap anterior tenía un tipo fijo del 4,30% y en el de autos el máximo a pagar por la actora era de un 3%; pero a partir del séptimo trimestre, la actora podía encontrarse con que, en vez de un 4,30% tuviera que pagar hasta un 5,13%, como así sucedió, con lo cual, la cantidad final a pagar sería muy superior a la resultante del swap anterior, como así fue, siendo lo cierto que la entidad bancaria dispone de elementos técnicos y personales capaces de prever con alto grado de certeza las posibilidades evolutivas del mercado financiero, y más en concreto la bajada o subida de los tipos de interés, lo que la coloca en una posición de preeminencia sobre el cliente minorista que no dispone de esas herramientas; de este modo, cuando la entidad bancaria establece los tipos y barreras, conoce esas previsiones de comportamiento del EURIBOR y puede colocar su riesgo en una zona de clara improbabilidad y que no le perjudique, mientras que omite informar al cliente de esos datos tan esenciales para la valoración del riesgo que este asume, lo que resulta contrario al deber de información exigible a la entidad bancaria para que el cliente forme válidamente su consentimiento, induciéndole a error de suficiente entidad para determinar la nulidad del contrato en base al art. 1.266 del Código Civil, habiendo declarado también el Tribunal Supremo de forma reiterada que la previa celebración de contratos de swap no implica que el cliente conociera sus riesgos, sino precisamente lo contrario, puesto que, por ignorar a lo que se estaba exponiendo, seguía firmando contratos sin noción real del alcance de sus riesgos patrimoniales (SSTS 7/2017, de 12 de enero y 334/2019, de 10 de junio).

En definitiva, de la prueba practicada no cabe sino concluir que la entidad financiera, a quien correspondía la carga de probarlo, no ha acreditado haber ofrecido a la demandante la información precisa que le permitiera conocer los riesgos reales y las consecuencias económicas que el swap le podía acarrear, provocando así un error en el consentimiento de la demandante. Y se trata de un error excusable, pues, en relación con la excusabilidad, la STS de 15 de octubre de 2015 declara que " *El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.*

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 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, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

Y por último, como ya señaló la STS 668/2015, de 4 de diciembre "... ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato."

TERCERO.- Por todo lo expuesto, apreciado el error excusable sobre elementos esenciales del contrato, procede declarar la nulidad instada por la actora, en aplicación del art. 1.265 del Código Civil, quedando sin efecto lo ejecutado bajo la vigencia del contrato, por lo que las partes deberán restituirse recíprocamente las cantidades que hubieren percibido, resultando un saldo a





favor de la demandante de 110.523,04 euros, importe fijado por la actora y que no ha sido objeto de impugnación, y con abono recíproco, asimismo de los intereses legales a computar desde la fecha de los respectivos cargos y abonos, hasta la fecha de esta sentencia, cuya determinación, a falta de acuerdo entre las partes, podrá efectuarse en ejecución de sentencia.

Estimándose la acción ejercitada con carácter principal, no procede entrar a valorar la ejercitada con carácter subsidiario.

Y de conformidad con el principio de vencimiento objetivo sancionado en el art. 394 de la LEC., se imponen a la demandada las costas de este procedimiento.

VISTO lo expuesto, preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimo la demanda formulada por el Procurador D. Juan Alvaro Ferrer Pons, en nombre y representación de **PENTA 406, S.L.**, contra **BANCO DE SABADELL S.A.**, y en consecuencia:

1º.- Declaro la nulidad relativa del contrato marco de operaciones financieras de fecha 19 de Enero de 2.008, y de la confirmación de swap de fecha 11 de Junio de 2.009, debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones percibidas derivadas de dicha contratación, resultando un saldo a favor de la demandante de 110.523,04 euros. Asimismo, ambas partes deberán abonarse recíprocamente los intereses legales a computar desde la fecha de los respectivos cargos y abonos hasta la fecha de esta sentencia, cuya determinación, a falta de acuerdo entre las partes, podrá efectuarse en ejecución de sentencia.

2º.- Condeno a la demandada al pago de las costas del procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes, con indicación de que no es firme y contra ella cabe recurso de apelación, que habrá de interponerse ante este Juzgado, dentro de los veinte días siguientes al de su notificación, previa





constitución del preceptivo depósito.

Únase la presente al libro de sentencias y autos definitivos de este Juzgado, dejando en las actuaciones certificación de la misma.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

LA MAGISTRADA-JUEZ

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

