

## Resumen

La Audiencia acuerda desestimar el rec. de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que estimó la demanda interesando la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito entre las partes. Señala la Sala que de los documentos suscritos que figuran unidos a las actuaciones, se percibe que los contratos marco son un mero contrato de adhesión con clausulado genérico, algo totalmente normal en la práctica bancaria, y perfectamente válido, pero que debe completarse con una especificación más concreta, que bien podría ser el documento de confirmación. Añade que si analizamos de forma conjunta los dos documentos, lo cierto es que no encontramos ninguna cláusula ni apartado que nos indique de forma clara y precisa qué operación de aquellas genéricas o enumeradas en el contrato marco, es la que se está confirmando, y sobre la que recae el consentimiento prestado, y que se trata de un swap de tipo variable. Corolario de lo expuesto es que, la entidad bancaria demandada no actuó en cumplimiento del deber de información exigible en tales casos, por lo que hay que concluir que la contratante en su día, hoy actora-apelada en el presente procedimiento, se acogió a la firma de tal swap porque la información ofrecida por la entidad bancaria le indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad, algo que se acredita se produjo por una información defectuosa imputable al banco contratante, sobre el producto ofrecido, dándose los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento.

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 7/1998 de 13 abril 1998. Condiciones Generales de la Contratación  
art.8

Ley 26/1988 de 29 julio 1988. Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito  
art.48.2

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1261 , art.1265 , art.1278

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	6

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN  
INTERPRETACIÓN

CONSENTIMIENTO

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Error

Trascendente e intrascendente

Supuestos diversos

CONTRATOS BANCARIOS

CUESTIONES GENERALES

PRÉSTAMO

En general

FUENTES DEL DERECHO

JURISPRUDENCIA

Del Tribunal Supremo

GARANTÍAS REALES

HIPOTECA

Clases

Inmobiliaria

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Cliente; Desfavorable a: Entidad financiera

Procedimiento: Apelación, Juicio Ordinario

### Legislación

Aplica art.8 de Ley 7/1998 de 13 abril 1998. Condiciones Generales de la Contratación

Aplica art.48.2 de Ley 26/1988 de 29 julio 1988. Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito

Aplica art.1261, art.1265, art.1278 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 47/2007 de 19 diciembre 2007. Modifica Ley 24/1988, del Mercado de Valores

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Citada por SAP Barcelona de 30 enero 2012 (J2012/27443)

Citada por SAP Barcelona de 20 diciembre 2012 (J2012/329039)

SENTENCIA núm. 68/11

Ilmos. Sres.:

**PRESIDENTE**

D. Fernando Lacaba Sánchez

**MAGISTRADOS**

Doña María Isabel Soler Navarro

D. Fernando Ferrero Hidalgo

En Girona, dieciocho de febrero de dos mil once

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación num. 685/2010, en el que ha sido parte apelante la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, representada esta por el Procurador D. JOAQUIM GARCÉS PADROSA, y dirigida por el Letrado D. IGNASI FERNANDEZ DE SENESPLEDA; y como parte apelada la entidad GIROMÚSICA, S.L.U., representada por el Procurador D. JOAN ROS CORNELL, y dirigida por el Letrado D. JOAN BOU MIAS.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 1 Girona (ant.CI-1), en los autos num. 1989/2009, seguidos a instancias de la entidad GIROMÚSICA, S.L.U., representado por el Procurador D. JOAN ROS CORNELL y bajo la dirección del Letrada Dª EVANGELINA MARTÍNEZ CASTILLO, contra la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, representada por el Procurador D. JOAQUIM GARCÉS PADROSA, bajo la dirección del Letrado D. IGNASI FERNANDEZ DE SENESPLEDA, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta en nombre y representación de la sociedad mercantil "GIROMÚSICA, SLU" contra la entidad "CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA", debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras, de la orden en firme de su contratación y de la confirmación de la operación suscritos por la actora con la entidad bancaria demandada en fechas 02/03/07 y 08/03/07, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente las liquidaciones realizadas hasta la fecha en virtud del mencionado producto financiero, con intereses legales, y con declaración de nulidad de las liquidaciones que se generen hasta la fecha de la presente sentencia. Se impone el pago de las costas procesales a la parte demandada "Caixa d'Estalvis de Catalunya".

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 27/8/10, se recurrió en apelación por la parte demandada, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC. EDL 2000/77463

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Lacaba Sánchez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpuesta demanda en ejercicio de acción de nulidad de contrato de operaciones financieras y de la confirmación de Swap, es estimada la misma, frente a cuyo pronunciamiento se alza la entidad demandada Caixa de Catalunya.

En el examen del recurso son de considerar las siguientes premisas fácticas:

La entidad actora Giromusica, S.L.U. tiene como objeto social la venta minorista de instrumentos musicales en esta capital, lo que efectúa por medio del establecimiento de música denominado "Musical Eximemis".

Necesitada la demandante de reformas en el local comercial mencionado, solicitó de la entidad Banco de Sabadell un préstamo con garantía hipotecaria de importe 800.000Eur. y de fecha 14 noviembre 2003, durante un plazo de quince años y de interés euribor mas 0,50%, lo que suponía en la práctica un 4,30%.

Necesitada de mayor liquidez, en el año 2007 la actora solicitó una ampliación del préstamo hipotecario que al serle denegado por aquella entidad bancaria lo solicitó a Caixa de Catalunya, la otra entidad bancaria con quien venia colaborando, que incrementó el importe crediticio hasta la suma de 930.000Eur., con la condición de concertar un seguro de cambio denominado Swap, que, según entendió la actora, le garantizaba el pago en todo momento de un tipo de intereses en su hipoteca del 4,42% evitando, con ello, las posibles subidas de interés. A tal efecto firmaron un contrato marco en fecha 2 de marzo de 2007 con unos anexos de confirmación de operaciones. El día 8 siguiente firmó una "confirmación swap".

Todos ellos contratos denominados de adhesión que se presentaron a la actora previamente redactados y firmados por la entidad bancaria.

SEGUNDO.- Las acciones ejercitadas giran en torno al contrato de permuta financiera o tipos de interés, también denominado con el anglicismo swap. El mismo consiste someramente en un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de flujos de dinero en una fecha futura. Dichos flujos pueden, en principio, determinarse en función, ya sea de los tipos de interés a acorto plazo como del valor de índice bursátil o cualquier otra variable. Es utilizado para reducir el costo y el riesgo de financiación de una empresa o para superar las barreras de los mercados financieros. Como subtipo de este tipo de contratos, se conoce el swaps de tipo de interés, el más simple y conocido en los mercados financieros, consistente en un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. Habitualmente, una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del Euribor o Libor, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo o bien variable, pero referenciado, en este supuesto, a otra base distinta.

De forma más concreta, estamos ante un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad, que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, que para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, a quien le es lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada. Particularmente, deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera. En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

Nos movemos de lleno en la practica del sector bancario, que se caracteriza por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las Entidades Bancarias que deben ser aceptadas por el cliente a la hora de contratar, sin posibilidad de introducir modificaciones o matizaciones en las mismas. A pesar de estas particularidades, en el sector en el que se mueven los contratos objeto del presente pleito, el Código Civil EDL 1889/1 sigue siendo el que nos ofrece las pautas básicas en relación a los requisitos que deben concurrir en la formación de un contrato, a través del clásico contenido del Artículo 1.261, que exige para que exista un contrato, la concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el mismo. El eje básico de los contratos, cuales quiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo. Esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esto hace que en el sector que analizamos de la Banca, el legislador y por ello, la jurisprudencia se cuiden de destacar en el análisis de los supuestos que contemplan, la protección que es precisa que el cliente de un Banco, aun cuando sea potencial, tenga a su favor en todas las fases de conclusión de un contrato con una Entidad Financiera y todo ello por la necesidad de dotar de amparo, a lo que se ha entendido parte débil de la contratación en un contrato de adhesión. En la fase precontractual, debe procurarse al consumidor por la propia Entidad, una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece. En la fase contractual, basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo Artículo 8, se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar

unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses.

Finalmente, el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de este tipo de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C EDL 1988/12634 .M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

TERCERO.- En el caso que nos ocupa, la parte demandante GIROMUSICA, S.L.U. pretende la nulidad de los contratos suscritos, ya que entienden que firmaron por error, ya que la Entidad que les ofreció el producto y ahora demandada CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, no les proporcionó una correcta información, estando en la creencia que el contrato les iba a proteger de eventuales subidas de interés que les estaba perjudicando por tener préstamos de interés variable, algo que no resultó ser así, y que se ha demostrado que la figura que ellos tenían contratada y el producto que se les ofertó, funcionaban de forma independiente, y si bien al principio del curso de ejecución del contrato les fue favorable, pronto cambió y sufrieron pérdidas económicas. Y de la prueba practicada a lo largo del procedimiento queda claro que lo que en su día suscribieron los actores con la parte demandada, no es mas que un swap o permuta financiera, que es un contrato en el que dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras, en el que normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés.

El recurso, tras denunciar la infracción del art. 1278 del Código Civil EDL 1889/1 , sostiene que se ofreció un documento precontractual informativo (aportado de documento num. 8 de la demanda), que se suscribió una orden en firme de la operación (documento num. 2 de la contestación y num. 13 de la demanda), que se suscribió una confirmación de la orden en firme de la operación (documento num. 2 bis de la contestación y num. 14 de la demanda) y pone en duda la aplicación de la normativa de protección del inversor.

La Sala no comparte ninguno de dichos motivos, pues siendo cierto que los meritados documentos se firmaron, no por ello debe de concluirse en lo erróneo de la Sentencia cuando declara la nulidad del contrato.

En efecto, en la fase previa a la contratación efectiva, no consta acreditado más que el hecho de que la actora, que actuó por medio de la Sra. Milagros, mantuvo una conversación con el Directora de la Sucursal Bancaria, D. Virgilio, en la cual este le explico el producto que se ofrecía. A raíz de la declaración prestada por tal Director en el acto del juicio, se hace constar que les explico con detalle el producto ofrecido y que tal producto encajaba con el perfil de la actora, por eso se la llamo para llevar a cabo un contacto sobre el producto. No se ha acreditado la existencia de algo más que ese contacto verbal, no existe acreditación de que el Banco explicara por medio de folletos exhaustivos o detallados los caracteres de la operación, ni consta ninguna oferta referida con carácter documental. Se alega por la parte demanda, que en ningún momento se le hizo saber a la cliente que la operación no entrañaba riesgos, pero no nos consta si esos riesgos fueron detallados de forma minuciosa, es cierto que la actora, en tanto que cliente, firmó de forma libre, no hubo desde luego coacción, pero lo que debe quedar acreditado es si sabía perfectamente los riesgos que asumía firmando, y mas importante aun, si esa información del riesgo la llevo a cabo la Entidad financiera, como era obligado. Además no debe perderse de vista que la actora en este procedimiento, no es persona experimentada en temas financieros o al menos no se acredita así, y el producto ofrecido ha sido calificado de complejo, basta con leer el contrato marco y los anexos para llegar a tal deducción; dicho de otra manera, mientras la entidad bancaria demandada es experta en contratos financieros la actora se dedica a la venta al minorista de instrumentos musicales.

En toda esta materia, la norma fundamental a seguir en la actuación de las partes contratantes y en la regulación de operaciones financieras viene constituida por la Ley de Mercado de Valores 24/1.988 de 28 de febrero EDL 1988/12634 , que en el punto que nos ocupa fue modificada por la Ley 47/2.007 EDL 2007/212884 , que supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento y que transpuso a nuestro ordenamiento interno las normas llamadas "MIFID" de la UE (Directivas 2004/39/ CE y 2006/73 /CE). El llamado "test de conveniencia" clasificaba a la actora como minorista al no cumplir los parámetros económicos de la norma. En este punto es de destacar la testifical del Director de la oficina bancaria de la que se desprende que no calibró si la actora daba o no el necesario "perfil" para ser acreedora del producto que se le ofrecía, manifestó desconocer, incluso, la clasificación que la normativa europea da a los posibles clientes de este tipo de producto.

El recurso pone especial énfasis en el documento num. 8 de la demanda, al que denomina "producto precontractual". Pues bien, del examen del meritado documento, se observa que se firma el 2 de marzo de 2007, el mismo día en que se hace firmar a la actora el llamado "contrato marco" (doc. 10 de la demanda). Lo primero que llama la atención es la denominación del producto "swap de tipos d'interés", cuando es perfectamente posible su traducción por "permuta financiera"; seguidamente ofrece un gráfico de presunta subida de los tipos de interés, que no se justifica en ninguna base sólida y contrastable, para terminar acomodando su duración a la vida del préstamo hipotecario. Se echa de menos en estos contratos una referencia a la contraprestación ofrecida de posible subida de tipos de interés, consistente, precisamente en lo contrario, esto es, su posible bajada y su repercusión en el contrato. No podemos calificar el contrato en cuestión de sencillo y fácilmente comprensible, al menos para un segmento muy importante de la población, en el que, nadie a dicho, se hallara la actora. La testifical del Sr. Virgilio, director de la oficina, evidencia que no conocía el producto en toda su dimensión (minutos 24: 33 y ss). Es sólo cuando se produce la bajada de intereses cuando se habla a la actora del reverso del contrato.

Se ha alegado por la parte demandada que los clientes solo reclaman en el momento en que sufren pérdidas y no cuando obtuvieron abonos por la operación. Esto lo único que prueba es el desconocimiento de la parte sobre lo que habían contratado, ya que hasta que los intereses bajan y las pérdidas comienzan, no se dan cuenta de la trascendencia de lo contratado.

Es evidente que a pesar de que la parte demandada entiende que no hay desproporción ni arbitrariedad a la hora de contratar y que tales desigualdades en el resultado, fácilmente apreciables si tenemos en cuenta las cifras anteriores, son mera consecuencia de la aleatoriedad y variabilidad de los tipos de interés, lo que es evidente es que para impedir precisamente nulidades de contrato, es preciso que el Banco aperciba y advierta a la otra parte contratante, que tales desigualdades pueden producirse y hacerlo de una forma tan exhaustiva que impida a la parte contratar servicios que rápidamente le pueden producir unos perjuicios económicos persistentes, a través de un sistema de información imparcial, claro y no engañoso. En palabras de la Ley del Mercado de Valores de una forma "que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa".

CUARTO.- Observando los documentos suscritos que figuran unidos a las actuaciones, se percibe que los contratos marco son un mero contrato de adhesión con clausulado genérico, algo totalmente normal en la práctica bancaria, y perfectamente válido, pero que lógicamente debe completarse con una especificación más concreta, que bien podría ser el documento de confirmación. Si analizamos de forma conjunta los dos documentos, lo cierto es que no encontramos ninguna cláusula ni apartado que nos indique de forma clara y precisa que operación de aquellas genéricas o enumeradas en el contrato marco, es la que se está confirmando, y sobre la que recae el consentimiento prestado, y que se trata de un swap de tipo variable, como ha explicado en sus caracteres en el acto de la vista la directora de la sucursal bancaria.

Por ello ni el contrato marco ni el documento de confirmación recoge una referencia concreta al conjunto de riesgos asumidos para el caso concreto, y de su aumento o disminución según la evolución de tipos de interés, teniendo en cuenta que en el momento de elaboración y firma de los contratos que nos ocupan, empezaba a vislumbrarse por datos económicos de carácter general, (que sin duda el Banco como experto financiero puede interpretar de forma favorable para él mismo y sus clientes) una posible variación en la evolución de los tipos de interés, que hubiera llevado al Banco que siempre es conocedor de más datos económicos que un cliente no experimentado en la materia de su posible evolución, a no ofertar el producto de la forma en la que lo hizo o con una especial precaución y minuciosidad en la información. En los contratos celebrados, tal y como figura en su texto existe un Anexo I en donde hay un apartado titulado "Conocimiento de los Riesgos de las Operaciones", que dice: "las partes declaran ser totalmente conscientes del riesgo de volatilidad inherente a la celebración de operaciones, cuyo valor de mercado puede variar rápidamente como consecuencia de variaciones en los tipos de interés, tipos de cambio y otros parámetros relevantes de los mercados". No se especifica nada de los riesgos concretos de la operación modalidad swap que se contrataba, ni de los riesgos concretos que una variación en los tipos de interés como la que se preveía podía producir, todo ello con el entendimiento de que la Entidad Bancaria no podía adivinar el curso exacto o tener total certeza sobre la variación de los tipos de interés, pero si contar desde luego con más datos que el cliente sobre este punto.

Es por ello que, siendo cierto en lo relativo a esta cuestión, que Doña. Milagros firmó un documento, el num. 8 de los aportados con la demanda (folio 103), así como el contrato marco de operaciones financieras, aportado de documento num. 10 con la demanda (folio 115) en el que se hace mención al riesgo del producto, también lo es que ese riesgo adicional que se pone de manifiesto una vez que la variación de los tipos de interés lo es a la baja de manera importante, no había sido advertido por el Banco al propio cliente.

Por otro lado, hay aspectos que se encuentran acreditados, como es el hecho de que Doña. Milagros no se sometió al test de conveniencia que la normativa exige, que indican que la actuación del demandado fue defectuosa o negligente y cierto es que, como dice el recurso aquella cliente aceptó la contratación, pero lo cierto es que la Ley del Mercado de Valores resalta pautas a seguir cuando la información que el Banco llega a tener del cliente en orden a recomendarle un producto es insuficiente: "la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente...en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan" Es la propia Ley citada la que dice que sin esa información la Entidad debe abstenerse de recomendar la inversión al cliente, sin duda para protegerlo de resultados como los que anteriormente se reseñaron en las cuentas de los actores del presente procedimiento. Igualmente, la citada norma señala que "cuando el cliente no proporcione la información indicada...la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él".

En el caso presente, no queda ni siquiera tiempo a la cliente para poder informarse, pues de la documentación aportada se desprende que se firma un documento de consejos para la cliente (num. 8 de la demandada) y sin solución de continuidad se firma el contrato marco y una orden en firme de contratación de "swap" (doc. 10 y 13 de la demanda). No se olvide que es la propia entidad bancaria la que, debe de "confirmar" el swap si comprueba un alto riesgo en el cliente; por lo tanto, no puede pretenderse que es la cliente la que confirma la operación, pues es el banco el encargado de ello si no atisba riesgo en la operación. La propia estructura contractual es compleja, dado que consta de una inicial oferta del producto, un contrato marco con dos Anexos, una orden en firme y una confirmación de swap y si nos atenemos a su contenido, a nadie escapa que la persona media no avezada en productos de riesgo financieros desconoce lo que en realidad está firmando.

QUINTO.- Corolario de lo expuesto es que, la entidad bancaria demandada no actuó en cumplimiento del deber de información exigible en tales casos. Con todo lo dicho anteriormente, no se pretende atribuir únicamente a la Entidad Bancaria la vigilancia de los intereses del cliente, éste debe velar por sus propios intereses, nos encontramos ante unos contratos bilaterales, cada parte vela por su interés propio, pero esto no significa que en los casos como el que nos ocupa, en los que es la propia Entidad la que toma la iniciativa

en el contrato, ofertando un producto, tenga un plus de lealtad con el cliente potencial en aras a extremar al máximo las consecuencias de ese deber de información, dando por presupuesta la concurrencia de la buena fe contractual que exige el Código Civil en su Artículo 7 EDL 1889/1 . De todas formas, la Ley de Mercado de Valores exige expresamente en aplicación de esa buena fe contractual y de las relaciones entre el Banco y el cliente, que aquel vele por los intereses de este como si se tratara de los suyos propios.

Por todo ello debemos concluir que la contratante en su día, hoy actora-apelada en el presente procedimiento, se acogió a la firma de tal swap porque la información ofrecida por la entidad bancaria le indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad, algo que se acredita se produjo por una información defectuosa imputable al Banco contratante, sobre el producto ofrecido, dándose los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2.000 : "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular" (SSTS o SSTS).

Es por todo ello y al concurrir la aplicación del Artículo 1.265 del Código Civil EDL 1889/1 , cuando dice que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad de los contratos de swap suscritos por los actores con sus correspondientes documentos de confirmación, y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato.

SEXTO.- De conformidad con el Artículo 394.1 y 397 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, se impone a la parte recurrente, el pago de las costas causadas.

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

## FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación causídica de la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA y CONFIRMAMOS en su integridad la Sentencia de fecha 27 agosto 2010 del Juzgado num. 1 de Girona dictada en proceso de Juicio ordinario núm. 1989/09, con imposición de costas a la recurrente.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

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

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 17079370012011100001**