

AL JUZGADO

D^a. _____, Procuradora de los Tribunales y de D^a. _____, según consta suficientemente acreditado por medio de designación Apud Acta que se acompaña a la presente, ante el Ilmo. Juzgado comparezco y, como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que en la meritada representación, y al amparo de lo establecido en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por medio del presente vengo a interponer **DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO** contra _____, con domicilio social sito en Plaza _____ y domicilio a efectos del correspondiente emplazamiento en una de las sedes de que dispone en _____, sita en Avda. _____, todo ello con base en los hechos y fundamentos jurídicos detallados a continuación:

HECHOS

PREVIO.- BREVE APUNTE SOBRE LA PRESENTE LITIS: NULIDAD DE SWAP

La presente demanda tiene por objeto reparar el atropello sufrido por mi principal, D^a. _____ en la suscripción de un contrato de permuta financiera (SWAP) con la demandada _____ supuestamente vinculado a un préstamo hipotecario.

La iniciativa de la contratación partió de la propia entidad bancaria, señalándose desde aquélla ante mi patrocinada que la firma simultánea de los dos contratos, el préstamo hipotecario y el contrato de permuta financiera, obtendría la fijación del interés del préstamo hipotecario en el 5'29 %.

Así fue introducido a mi poderdante, que en la creencia de que con la firma de los contratos que la entidad demandada le ofreció se le aplicaría, SIEMPRE, un tipo de interés fijo en el préstamo hipotecario, puesto que se suponía que el SWAP permitía asegurar un tipo de interés fijo máximo aplicable al contrato de préstamo hipotecario, y guiada mi mandante

por la confianza depositada en la entidad demandada, aquélla accedió a la suscripción del derivado financiero.

Sin embargo, el resultado de la contratación del SWAP no ha sido [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] mercados financieros) en previsible bajada histórica de tipos de interés.

De ahí que el objeto del presente procedimiento se dirija, como no podía ser de otro modo, a la consecución de una declaración de nulidad tanto del contrato STOCKPIME TIPO FIJO de fecha 25 de junio de 2008, puesto que mi mandante consintió la contratación del citado contrato en la creencia de que con el mismo, supuestamente vinculado como le dijeron al préstamo hipotecario, fijarían el interés del préstamo hipotecario en el 5'29 %, lo que se enmarca sin lugar a dudas dentro del error invalidante en la prestación del consentimiento por falta de información que, según lo preceptuado por nuestro Código Civil, trae como consecuencia la declaración de nulidad.

PRIMERO.- SOBRE LAS PARTES.

a) Mi representada y parte demandante en este procedimiento es D^a. _____, mayor de edad, de nacionalidad española, provista de DNI nº _____ y domicilio sito en la Calle _____.

b) La parte demandada es la entidad BANCO _____, SA, con domicilio social en la Plaza _____ y domicilio a efectos del correspondiente emplazamiento sito _____.

Según relata en su propia página web (www. _____), la historia de _____ comienza en [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Hoy por hoy, la entidad demandada se erige en uno de las principales entidades financieras con una sólida posición de liderazgo en el mercado español y una fuerte presencia internacional.

[Redacted text block 1]

[Redacted text block 2]

[Redacted text block 3]

[Redacted text block 4]

[Redacted text block 5]

[Redacted text block 6]

[Redacted text block 7]

[Redacted text block 8]

[Redacted text block 9]

[Redacted text block 10]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

A lo largo del presente escrito de demanda veremos cómo los referidos principios corporativos se tambalean francamente en perjuicio de nuestro cliente, ese supuesto centro de negocio para la entidad demandada.

A los efectos acreditativos oportunos, se acompaña a la presente señalado como **DOCUMENTO NÚMERO 1** diversos extractos de la página web de _____ en que quedan reflejados los principales datos de la compañía demandada.

SEGUNDO.- DEL PRESTAMO HIPOTECARIO

Tal como se ha avanzado anteriormente, la presente demanda trae causa del contrato de permuta financiera STOCKPYME TIPO FIJO suscrito por mi poderdante con _____ y cuya iniciativa partió de la propia entidad bancaria, en el seno de la cual la que era Directora de su sucursal urbana “0745” (sita en _____), D^a. _____, en una operación habitual de mero préstamo hipotecario, le propuso la formalización del SWAP, **SEGÚN DIJERON**, para FIJAR en el préstamo hipotecario el tipo de interés en el 5’29 %.

A los efectos del presente pleito, se acompaña señalada como DOCUMENTO NÚMERO 2 oferta vinculante de préstamo hipotecario suscrito entre mi mandante y el _____ el pasado 18 de junio de 2008.

Pues bien, fue en este concreto escenario, absolutamente habitual hoy día y por entero desvinculado a cualquier pretensión de inversión o especulación (sin perjuicio del título de la oferta, “hipoteca de negocios”, _____
_____ de la contratación de una suerte de SEGURO que le fijaría, ni más ni menos, el tipo de interés que tenían en el préstamo hipotecario al 5'29%.

Vemos, hasta el momento, que la operación de préstamo hipotecario había sido esencialmente pactada a un interés variable (al margen los primeros meses de vida del mismo), por lo que, de ser cierta la información facilitada en relación con el producto financiero, un incremento al alza del Euribor podría implicar un desembolso económico que una economía familiar como la de mi principal no estaba dispuesta a soportar. De todo ello ya podemos deducir, sin mayor proceso dialéctico, una finalidad lógicamente proteccionista y no en cambio especuladora.

Avancemos ya desde este momento, al hilo de la anterior afirmación, el hecho de que mi mandante se dedique y haya dedicado siempre a la ganadería, siendo por lo tanto una mujer absolutamente inexperta en materia financiera y, en consecuencia, de fácil volubilidad para una entidad económica tal como lo es la demandada si la información que se transmite, como efectivamente aconteció, no era información veraz.

Pues bien, este es el escenario concreto en el que _____ fomentó la contratación del _____
_____ 5'29 %.

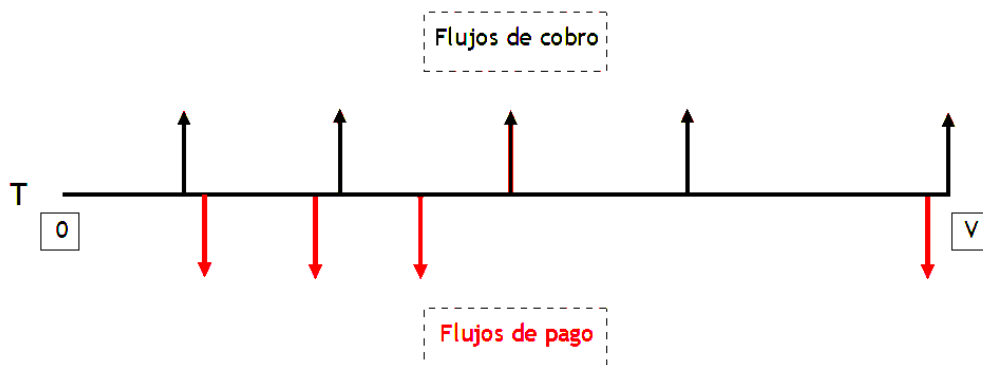
Por lo demás, dada su especialidad y su especial complejidad, valga la redundancia, analizaremos este tipo de contratos (SWAPS) separadamente a continuación.

TERCERO.- LOS CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA.

a) Los contratos de permuta financiera según la doctrina y jurisprudencia.

Un SWAP o permuta financiera se considera un instrumento derivado. Es un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de flujos de dinero en fechas futuras. En términos generales, tanto los flujos de cobro como los de pago están referenciados a una variable fácilmente identificable (Ej. tipo de interés fijo, cotización de divisa, precio del petróleo, cotización de una acción, etc.).

Representación gráfica de un SWAP



T=0: Momento inicial del contrato
T=V: Vencimiento del contrato

Se trata de un contrato atípico, si bien lícito al amparo del artículo 1.255 CC y 50 del C. Comercio, importado recientemente del sistema jurídico anglosajón y caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral

obligaciones recíprocas.

En origen, este tipo de contratos se celebraban entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el banco un contrato swap que eran espejos, de modo que las

cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés, limitándose las partes contratantes, de [REDACTED]

[REDACTED] entre sí periódicamente, y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación, denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia.

Este tipo de contratos, no negociados en mercados organizados, teóricamente sirven para protegerse de las fluctuaciones causadas por distintos tipos de riesgos financieros (en este caso, interés), y aunque pueden aparecer vinculados a otras operaciones de pasivo (préstamo o crédito), también pueden nacer como contratos autónomos, sin estar vinculados necesariamente a la protección de los riesgos financieros, por ejemplo, especulando en mercados muy volátiles, pero asumiendo en este caso los riesgos del uso de tales derivados.

La ausencia de negociación hace que para su valoración deba acudir a métodos internos, y así, tradicionalmente el [REDACTED] de los flujos variables, que su cuantía se desconoce hasta que se alcanza la fecha de fijación de intereses, siendo por ello también incierto su valor actual.

Tales características dotan al producto de un carácter especulativo que conlleva un riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente, en función de la variación del tipo de interés al alza o a la baja, insistiendo que se trata de un producto de alto riesgo porque - a priori - no se conoce la evolución del mercado, y que, por su propia naturaleza, estas operaciones revisten un carácter complejo¹.

Interesa insistir en que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete [REDACTED] la finalidad del contrato no es

¹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Burgos de fecha 20 de abril de 2010.

en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

b) El deber de información y la normativa aplicable.

El ámbito de la contratación bancaria y de las entidades financieras en general ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

En este sentido, la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección, tanto en la **fase precontractual** -mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la **fase contractual** -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la **fase postcontractual**, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación².

Desde esta perspectiva, importa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tras declarar incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no, ya establecía que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía, y que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuese propios y

² SAP Valencia (Secc. 9a) 13-11-2008, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005.

asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre informados.

En relación con este tipo de productos bancarios de especial complejidad ha sido promulgada la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 21 de abril de 2004, relativa a los mercados financieros (más conocida como MIFID), en virtud de la cual se establecían determinadas normas de conducta que debían ser escrupulosamente cumplidas por las entidades financieras que comercializaran este tipo de producto (SWAPS).

La Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificaba la Ley del Mercado de Valores, así como por el Real Decreto 217/2008, de Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión.

A esta Directiva MIFID se refiere la SAP Jaén (Secc. 3a) 27-3-2009, destacando al efecto que la tendencia del legislador ha sido, si [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] mentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos.

Y así lo entiende también el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en un informe de fecha 24-6-2009, tratándose igualmente de una permuta financiera, bien que vinculada a la cobertura del riesgo de interés de un préstamo hipotecario, lo que -dicho sea de paso- le otorgaba un carácter no especulativo, advierte, no sólo de que se trata de un producto cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, indicando sus características principales sin omisiones significativas, sino también de que entre la clientela tradicional, concedora de los productos típicamente bancarios, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] no deseada.

c) El contrato de permuta financiera formalizado por la demandante.

Pues bien, partiendo de los anteriores datos doctrinales y jurisprudenciales, la demandada, a sabiendas lógicamente del tipo de contrato, de la fecha en que los hechos se suceden (dato

éste trascendente, como se verá) y, en especial, de las graves consecuencias que podrían derivar para mi principal (por supuesto no informadas), con patente mala fe y abuso de información privilegiada no dudaron en ofrecer a D^a. _____ lo que vinieron a denominar UN SEGURO, a partir del cual mi principal convertiría el tipo de interés variable al que se hallaba _____

_____ con entera independencia de las fluctuaciones del Euribor.

Partiendo de esa base informativa, D^a. _____ accedió a formalizar el contrato STOCKPYME TIPO FIJO de fecha 25 de junio de 2008, el cual se acompaña a la presente como DOCUMENTO NUMERO 3.

Es relevante no dejar de lado el origen de la contratación (préstamo hipotecario a un tipo de interés variable), de lo cual se infiere sin posibilidad de error una finalidad supuestamente garantista (_____

_____ jamás había respondido al menor siquiera de los perfiles especuladores en ninguna de sus relaciones negociales.

Sin embargo, avanzamos ya desde este momento que las liquidaciones del contrato SWAP recibidas por mi principal evidencian sin lugar a dudas que esta finalidad proteccionista del derivado contratado no tuvo lugar, sino que, bien al contrario, D^a. _____ ha resultado financiera y muy seriamente perjudicada por el contrato STOCKPYME que se suponía venía a proteger sus intereses.

CUARTO.- EL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL Y LAS LIQUIDACIONES DEL SWAP.

Como ha podido comprobarse, en ambos casos parece que la contratación del SWAP debiera nacer del interés de la _____
_____ a tipo fijo, en la cual, cito textualmente lo que se les dijo, el cliente sepa en todo momento cuál va a ser el coste máximo de su financiación a tipo de interés variable.

No obstante, veremos a continuación como la aplicación real del producto financiero ofertado resulta diametralmente opuesta a la información absolutamente engañosa que les sirvió de base para su colocación.

Para refrendar lo anterior partimos de las liquidaciones de los derivados contratados que han recibido mi [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] de mi poderdante con ocasión del contrato cuya finalidad, según dijeron, era fijar el préstamo hipotecario al 5'29 % de interés.

A efectos de mostrar al Tribunal la verdadera realidad del despliegue de los efectos propios del contrato que le colocaron a mi principal, veamos seguidamente las liquidaciones recibidas por D^a. _____:

- **La primera liquidación del SWAP**, cargada en cuenta el 06.10.2008 y correspondiente al periodo comprendido entre el 04.07.2008 y el 06.10.2008, **POR IMPORTE DE 130'82 EUROS A PAGAR POR D^a.**_____.
- **La segunda liquidación del SWAP**, cargada en cuenta el 05.01.2009 y correspondiente al periodo comprendido entre el 06.10.2008 a 05.01.2009 **POR IMPORTE DE 15'17 EUROS A PAGAR POR el**_____ (siendo ésta la única que ha resultado positiva para mi mandante, y fijémonos en la cuantía).
- **La tercera liquidación del SWAP**, cargada en cuenta el 06.04.2009 y correspondiente al periodo comprendido entre el 05.01.2009 y el 06.04.2009, **POR IMPORTE DE 902'24 EUROS A PAGAR POR D^a.**_____.
- **La cuarta liquidación del SWAP**, cargada en cuenta el 06.07.2009 y correspondiente al periodo comprendido entre el 06.04.2009 y el 06.07.2009, **POR IMPORTE DE 1.443'49 Euros A PAGAR POR D^a.**_____.
- **La quinta liquidación del SWAP**, cargada en cuenta el 05.10.2009 y correspondiente al periodo comprendido entre el 06.07.2009 y el 05.10.2009, **POR IMPORTE DE 1.599'32 EUROS A PAGAR POR D^a.**_____.
- **La sexta liquidación del SWAP**, cargada en cuenta el 04.01.2010 y correspondiente al periodo comprendido entre el 05.10.2009 y el 04.01.2010, **POR IMPORTE DE 1.719'90 EUROS A PAGAR POR D^a.**_____.

- La séptima liquidación del SWAP, cargada en cuenta el 06.04.2010 y correspondiente al periodo comprendido entre el 04.01.2010 y el 06.04.2010, **POR IMPORTE DE 1.759'50 EUROS A PAGAR POR D^a.**
- La octava liquidación del SWAP, cargada en cuenta el 04.07.2010 y correspondiente al periodo comprendido entre el 06.04.2010 y el 04.07.2010, **POR IMPORTE DE 1.746 EUROS A PAGAR POR D^a.**
- La novena liquidación del SWAP, cargada en cuenta el 04.10.2010 y correspondiente al periodo comprendido entre el 04.07.2010 y el 04.10.2010, **POR IMPORTE DE 1.709'28 EUROS A PAGAR POR D^a.**
- La décima liquidación del SWAP, cargada en cuenta el 04.01.2011 y correspondiente al periodo comprendido entre el 04.10.2010 y el 04.01.2011, **POR IMPORTE DE 1.685'90 EUROS A PAGAR POR D^a.**
- La decimoprimer liquidación del SWAP, cargada en cuenta el 04.04.2011 y correspondiente al periodo comprendido entre el 04.01.2011 y el 04.04.2011, **POR IMPORTE DE 1.606'05 EUROS A PAGAR POR D^a.**
- La decimosegunda liquidación del SWAP, cargada en cuenta el 04.07.2011 y correspondiente al periodo comprendido entre el 04.04.2010 y el 04.07.2010, **POR IMPORTE DE 1.536 EUROS A PAGAR POR D^a.**
- La decimotercera liquidación del SWAP, cargada en cuenta el 03.10.2011 y correspondiente al periodo comprendido entre el 04.07.2011 y el 03.10.2011, **POR IMPORTE DE 1.434'81 EUROS A PAGAR POR D^a.**
- La decimocuarta liquidación del SWAP, cargada en cuenta el 04.01.2012 y correspondiente al periodo comprendido entre el 03.10.2011 y el 04.01.2012, **POR IMPORTE DE 1.432'13 EUROS A PAGAR POR D^a.**
- La decimoquinta liquidación del SWAP, cargada en cuenta el 04.04.2012 y correspondiente al periodo comprendido entre el 04.01.2012 y el 04.04.2012, **POR IMPORTE DE 1.496'57 EUROS A PAGAR POR D^a.**

El total de las liquidaciones, satisfechas todas, por mi poderdante, asciende nada menos que a la cantidad de **VEINTE MIL DOSCIENTOS DOS EUROS CON CUARENTA Y SEIS CÉNTIMOS (20.202'46 €)**: La situación creada tras la recepción de estas liquidaciones es catastrófica.

De entrada, hay que recordar [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], esto es, conocer de antemano CUANTO tendría que pagar mensualmente, SIEMPRE, con ocasión del referido préstamo.

Sin embargo, el resultado final de la ejecución del contrato de permuta financiera que le colocaron fue bien distinto, tal como perfectamente conocía la demandada, pues ha sido precisamente la contratación del derivado financiero el elemento determinante para complicar definitiva y gravemente los pagos a que se ha visto abocada mi principal tras la contratación de constante referencia.

En efecto, a la suma de VEINTE MIL DOSCIENTOS DOS EUROS CON CUARENTA Y SEIS CENTIMOS (20.202'46 €) [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] mi poderdante el pasado mes de abril a efectos de amortización parcial del mismo: total de 201.560'44 Euros) según consta en el DOCUMENTO NUMERO 19 que de igual modo se acompaña a la presente.

En conclusión, EL RESULTADO DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA ES [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] EL MISMO (si hubieren recibido la oportuna y real información que derivaría de la suscripción contractual), hubieran satisfecho únicamente las cuotas del préstamo hipotecario.

EL SWAP, POR [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] **MAS DE LO QUE DEBERIAN.**

Lo anterior debería ser suficiente para proceder a la estimación de la presente demanda, pues concurre un patente vicio en el consentimiento de mi poderdante, que contrató un producto financiero determinado como “complejo” por la propia CNMV cuando en realidad lo que consintió en contratar fue un supuesto **SEGURO** que le fijaría el tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario en el 5'29 %.

Sin embargo, nuestra exposición va mucho más allá, para dejar clara constancia del ilegítimo proceder de la parte demandada.

Insistiendo en que mi mandante quiso contratar ese supuesto seguro de constante referencia, la pregunta se nos antoja evidente: **¿protegía a la demandante el derivado contratado frente a subidas y bajadas del Euribor?**

Por supuesto, la respuesta es negativa.

De entrada hay que señalar que se informó a mi poderdante de que la suscripción del contrato de permuta financiera fijaría una *BARRERA* y, por ende, un **TIPO MAXIMO** que abonaría mi mandante en el **préstamo hipotecario** del 5'29%, de modo que, si el Euribor se situaba por encima de los referidos 5'29 puntos porcentuales el cliente pagaría dicho tanto por ciento - no en cambio el Euribor - **en el préstamo hipotecario** supuestamente vinculado a tipo de interés variable.

En la primera página del contrato cuya nulidad ha venido a solicitarse la entidad bancaria ya se encarga de reflejar, en el encabezado, la manifestación **TIPO FIJO para favorecer la contratación del cliente con la engañosa información que le había sido facilitada respecto a la operativa del contrato en cuestión.**

Pues bien, ya [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] **que se derivan consecuencias y/o efectos por supuesto no informados y MUY PERJUDICIALES para los intereses económicos de mi patrocinada.**

En efecto, como veremos a continuación, la realidad no es que el SWAP sirviera, como les dijeron, para fijar el tipo de interés variable en el préstamo hipotecario sino que, con ello, simplemente **se fijaba una nueva obligación de pago en contrato aparte**, a cargo de D^a. _____, todo ello con el pleno conocimiento como se verá de cuál iba a ser la evolución del Euribor a partir del año 2008 en adelante.

Por lo tanto la conclusión es evidente: **LA CONTRATACIÓN DE LA PERMUTA FINANCIERA NO PROTEGE A MI MANDANTE** [REDACTED]

[REDACTED] **LIQUIDACIONES DEL REFERIDO PRESTAMO.**

Dicho lo anterior veamos cual ha sido la evolución del Euribor durante estos últimos años, especialmente a partir de diciembre del año 2008:

Euribor	2007	2008	2009
enero	4,064	4,498	2,622
febrero	4,094	4,349	2,135
marzo	4,106	4,590	1,909
abril	4,253	4,820	1,771
mayo	4,373	4,994	1,644
junio	4,505	5,361	1,610
julio	4,564	5,393	1,412
agosto	4,666	5,323	1,334
septiembre	4,725	5,384	1,261
octubre	4,647	5,248	1,243
noviembre	4,607	4,350	
diciembre	4,793	3,452	

Pues bien, el efecto pernicioso del SWAP al que nos hemos referido anteriormente es haber ocultado a mi mandante no sólo su operativa sino la previsibilidad para agentes económicos tales de la VERTIGINOSA bajada de tipos que hubo a partir del mes de junio de 2008 y, en mayor medida, a partir de julio 2008, pero, especialmente, en el mes de diciembre de 2008.

Nuevamente vemos, por tanto, que los derivados son un producto que, en vez de beneficiar o proteger a mi mandante, han venido a perjudicar sus intereses claramente.

Sin embargo, no se interpone esta demanda como consecuencia de no saber afrontar una eventual mala fortuna frente a un resultado económico perjudicial, sino precisamente por la que era voluntad de [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] entidad bancaria demandada.

En consecuencia, esta demanda se presenta, como hemos visto anteriormente, por el engaño sufrido por mi representada, que consintió en contratar una suerte de seguro y le colocaron, por el contrario

documento de los que le ofreció la demandada.

Además, y como vamos a ver a continuación, esta demanda se presenta por los graves incumplimientos legales atribuibles a la demandada, que ocultó información relevante en la contratación del SWAP y procedieron en clara contravención con el ordenamiento vigente.

QUINTO.- LA DIRECTIVA SOBRE MERCADOS DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS (MIFID)

En relación con este tipo de productos bancarios de especial complejidad ha sido promulgada la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 21 de abril de 2004, relativa a los mercados financieros (más conocida como MIFID), en virtud de la cual se establecían determinadas normas de conducta que debían ser escrupulosamente cumplidas por las entidades financieras que comercializaran este tipo de producto (SWAPS).

La Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificaba la Ley del Mercado de Valores, así como por el Real Decreto 217/2008, de Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión.

A. SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA SOBRE MERCADOS DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS (MIFID).

La incorporación de España a las Comunidades Europeas se produce a través de la aprobación de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 agosto, que ratifica el Tratado de Adhesión suscrito entre el Reino de España y las Comunidades Europeas el 12 de junio de 1985.

Según consta en el artículo 2 ° del Acta de Adhesión, “*desde el momento de la adhesión, las disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad antes de la Adhesión obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en dichos Estados en las condiciones previstas en los Tratados y en el presente Acta.*”

Lo anterior deriva en el principio de primacía del derecho comunitario respecto a los conjuntos normativos estatales, desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades³, según el cual el [REDACTED]

[REDACTED]) y los actos adoptados por las instituciones comunitarias anteriores a la adhesión obligan al estado español y son en él aplicables [...] En resumidas cuentas, a partir de la fecha de su adhesión, el reino de España se halla vinculado al derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado el cual [...] constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de sus miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales.»

Este principio de primacía del Derecho Europeo implica para los órganos estatales, por un lado, la obligación de [REDACTED]

[REDACTED] derecho europeo faculta a aquél a que le sea aplicada la normativa comunitaria, imperante a todas luces, sobre todo si pudiera serle favorable.

Respecto de la aplicación práctica del principio de primacía del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades desarrolla dos conceptos fundamentales: el principio de aplicabilidad directa y el principio de efecto directo de las disposiciones comunitarias.

Según ha manifestado el Tribunal Supremo⁵ en cuanto a los principios generales del efecto directo y de la primacía del derecho comunitario, “*el primero comporta de un lado que las normas comunitarias no necesitan ser reflejadas por normas de derecho interno, sino que son directamente aplicables desde su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, y de otra que las normas comunitarias son fuente inmediata de derechos y obligaciones para*

³ Principio desarrollado entre otros, en el asunto 26/62, [Van Gend Loos], Arrêt de la Cour du 5 fevrier 1963 [Recueil de Jurisprudence de la Cour, 1963, pgs. 5 y ss.]; y en el asunto 6/64, M. Flaminio Costa contre E.N.E.L., Arrêt de la Cour du 15 juillet 1964 (Recueil de la Jurisprudence de la Cour, 1964, Vol. X, 1964, Dèxième partie, pgs. 1145 y ss.).

⁴ Restricciones jurisprudenciales a la atribución de "efecto directo" a las directivas. M^a Teresa Mata Serra. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi tomo I. BIB 1994\94

⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2^a), Sentencia de 24 abril 1990, RJ 1990\2747

aquéllos a quienes conciernen, sean Estados miembros o particulares, que sean partes de relaciones jurídicas derivadas del Derecho Comunitario. Son pues sujetos del derecho comunitario tanto los Estados miembros, como sus ciudadanos. Ahora bien, la sutileza de la distinción entre los conceptos de efecto y aplicabilidad directa, permite en la práctica utilizarlos como sinónimos".

En definitiva, y como señalara el propio Tribunal de Justicia Europeo «*La Comunidad constituye un nuevo orden jurídico en beneficio del cual los Estados miembros... han limitado sus derechos soberanos, y del que los sujetos son no sólo los Estados miembros, sino, igualmente, sus ciudadanos. Por lo tanto, el derecho comunitario independiente de la legislación de los Estados miembros, lo mismo que ha creado cargas en el ámbito de los particulares, también está destinado a, engendrar derechos que entren en su patrimonio jurídico*»

Respecto de las directivas, ha de señalarse que el artículo 189 del TCEE dispone que “*la Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios*”.

De esta forma, las

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

Directiva o no lo haya hecho correctamente, una disposición incondicional y lo suficientemente precisa de la misma, tiene su fundamento jurídico en el párrafo tercero del artículo 189 en relación con el artículo 5.º del Tratado CEE⁷. Es la respuesta del TJCE a los constantes incumplimientos por parte de los Estados miembros de sus obligaciones en cuanto a la incorporación del derecho comunitario a sus ordenamientos internos.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 junio 1990 [RJ 1990, 6307]).

⁷ (Asunto 190/87, Oberkreis-director des Kreises Borken/Moormann, Sentencia de 20 septiembre 1988).

Por esta razón las Directivas, que en general carecen de aplicabilidad directa, pueden tener efecto directo para los particulares, garantizando a través de este mecanismo que los justiciables queden cubiertos por la normativa comunitaria, siempre que concurren **dos requisitos**: i) el del transcurso [REDACTED]

[REDACTED] los problemas del efecto directo de las Directivas no traspuestas en el plazo ordenado; no se produce la automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea, pero, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, **producen el efecto vertical**, sobre los Estados y cuando los particulares actúan frente a éstos por no haber traspuesto la Directiva el Derecho interno en el plazo previsto, y **también el efecto horizontal, en conflictos entre los particulares si no se ha traspuesto en dicho plazo y contiene normas precisas y con clara posibilidad de cumplimiento inmediato...**».

En el mismo sentido se expresa la STS de 19-4-1999 (RJ 1999, 2587) al entender aplicable una Directiva comunitaria tanto en su efecto vertical como horizontal al no haber sido traspuesta por el Estado español en el plazo fijado.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades se ha pronunciado en multitud de ocasiones sobre la validez y eficacia de las normas comunitarias, estableciendo la doctrina de que adquieren **efecto directo** las [REDACTED]

[REDACTED] la CEE el 12 de junio de 1985, el Derecho Comunitario prevalece sobre el Derecho interno (Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991 de 14 de

⁸ Entre otros Affaire 9/70, Franz Grad contre Finanzamt Traunstein, Arrêt de la Cour du 6 octobre 1970, cit.; Affaire 33/70, Spa SACE contre Ministre des Finances de la République Italienne, Arrt de la Cour, du 17-12-1970 (Recueil de la Jurisprudence de la Cour Vol- XVI-2, 1970, pgs. 1213 y ss.)

febrero [RTC 1991, 28] , SSTs de 28-4-1987 [RJ 1987, 4499], 24-4-1990 [RJ 1990, 2747]), lo que conlleva como consecuencia ineludible, entre otras, que las normas comunitarias pueden ser directamente invocadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que tienen la obligación de aplicarlas, efecto directo que además obliga a los Jueces nacionales, aun cuando ninguno de los litigantes alegue la aplicación de la expresada normativa.

Pues bien, los anteriores razonamientos jurídicos nos llevan a concluir que la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID por sus siglas en inglés), publicada en el Diario Oficial de las Unión

[REDACTED]

[REDACTED] en sus conflictos con el Estado como en su efecto horizontal en sus conflictos con otros particulares, al no haber sido transpuesta por el Estado español en el plazo fijado. Todo ello con independencia de que, a la fecha del contrato, la directiva Mifid ya resultara de obligado cumplimiento para las entidades bancarias.

B. LA DIRECTIVA SOBRE MERCADOS DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS (MIFID) SEGÚN LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES.

La siguiente información consta en el folleto explicativo de la CNMV sobre la MIFID (puede verse en su página web):

La mayor complejidad y sofisticación de los mercados financieros ha dado lugar a la aprobación de una nueva normativa a nivel europeo cuyo principal objetivo es mejorar la protección de los inversores minoristas, es decir, de los que como usted no invierten de forma profesional. Esta nueva normativa, conocida como MiFID, traslada a la legislación española cambios importantes en la relación entre inversores y entidades financieras. Cuando usted acuda a una entidad financiera para invertir en productos como acciones, fondos de inversión, renta fija o derivados, encontrará que su entidad:

- Le solicitará información para conocerle lo mejor posible y así poder ayudarle a tomar sus decisiones de inversión y prestarle los servicios más adecuados.

- Sólo le ofrecerá los productos que considere adecuados para usted, teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia para valorar correctamente su naturaleza y riesgos.
- Cuando le proporcione asesoramiento personalizado o gestione su cartera, se asegurará de que el servicio es acorde a sus conocimientos, experiencia, objetivos y situación financiera.
- Le facilitará mejor información antes, durante y después de realizar la inversión. Recibirá información más completa sobre los riesgos que asume y las comisiones y gastos directos e indirectos.
- Al ejecutar sus órdenes, tratará de obtener el mejor resultado posible para usted.

C. CONCLUSIONES SOBRE LA MIFID.

A la luz de lo expuesto anteriormente, y en relación al caso concreto que nos ocupa, **no es difícil llegar a las siguientes conclusiones:**

1. Mi mandante, **D^a.** _____ puede, sin duda, invocar la aplicación de _____
2. _____
_____ financieros, y que por lo tanto merecen recibir el mayor grado de protección.
3. Como todo cliente minorista, **D^a.** _____ **debió ser objeto de un test de conveniencia** para determinar si un determinado producto financiero era _____
_____ los productos financieros que le fueron ofrecidos.
4. Los contratos de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (SWAPS) **son sin duda productos complejos**, como expresamente lo tiene reconocido la CNMV.
5. Antes de contratar un producto complejo como un SWAP, **D^a.** _____ **debió ser objeto de un test de idoneidad**, que

pretende asegurar que las recomendaciones personalizadas que reciba de la entidad de inversión sean las más adecuadas teniendo en cuenta su situación particular.

SEXTO.- EL DEBER DE INFORMACION EN LA NORMATIVA INTERNA ANTERIOR A LA MIFID.

Sin perjuicio de lo expuesto al respecto de la Directiva MIFID, debemos hacer una referencia a la normativa anterior, en la que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria se configuran como elementos básicos para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios.

En efecto, desde la Ley 24/1988, de 28 de julio, pasando por el Real Decreto 629/1993 hasta llegar a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, podemos comprobar cómo el grado de protección frente al cliente, habida cuenta la complejidad que para el mismo entrañan según qué tipo de operaciones financieras, ha ido *in crescendo* de forma continua hasta que esta última Ley 47/2007, del mercado de valores, haya introducido (por efecto de la transposición) la ya citada diferenciación entre clientes profesionales y clientes minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros, reafirmando el deber de diligencia y transparencia, entre otras cuestiones, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que, cuestión relevante, “*el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones CON CONOCIMIENTO DE CAUSA*, debiéndose incluir en la referida información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos, no sin antes, se dice, advertir - la entidad - las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información sobre del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y sus referidos objetivos.

Por su parte, el Real Decreto 217/2008 sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión insiste en ése deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase contractual como precontractual.

Por lo demás, en relación con la oportuna información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de productos financieros como los que son objeto del presente, al tratarse de un producto financiero de configuración compleja, para cuya comprensión y posterior correcta valoración se requiere de una formación financiera claramente superior a la que se posee por la clientela bancaria en general, se hace preciso que las entidades bancarias faciliten, al tiempo de la oferta del producto, todo aquél soporte informativo necesario, surgiendo de ello el que las entidades deban hallarse en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de los contratos, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento financiero en

cuestión en que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, debiendo considerarse en caso contrario que su actuación es contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

Sin embargo, en nuestro caso concreto no podemos sino afirmar con rotundidad el patente incumplimiento en que la parte demandada incurre en cuanto a los deberes de información a que vienen vinculadas por la precitada normativa, a lo que aludiremos en el siguiente expositivo.

SÉPTIMO.- DE LOS INCUMPLIMIENTOS ATRIBUIBLES A _____.

Partimos de que la demandada se sirvió, en primer lugar, de la **desinformación** facilitada a mi mandante sobre los riesgos que con la suscripción del contrato de permuta financiera D^a. _____venía a asumir, en segundo lugar, de la complejidad técnica del producto derivado ofertado, en _____

_____ de elevados y no informados riesgos económicos para el cliente contratante.

Evidentemente la demandada no se informó como les es preceptivo (**le resultaba indiferente, en realidad**) sobre la experiencia financiera de mi patrocinada, la cual se dedica a la ganadería, ni tan _____

_____ **sino todo lo contrario.**

A mayor abundamiento, y si bien es cierto que en el contrato objeto de la litis se establece con carácter general una **cláusula tipo**⁹ de exoneración de responsabilidades (y en descarada por clarísima _____

_____ **financiera**: clara muestra de ello, las liquidaciones recibidas

⁹ El cliente concierta esta operación con la finalidad de gestionar el riesgo de tipo de interés de sus deudas contraídas para satisfacer necesidades de su actividad profesional o empresarial y no necesidades suyas personales (FALSO), ii) el cliente ha solicitado a _____ la realización de esta operación, habiendo realizado su propia valoración de ésta y habiendo contado con el asesoramiento jurídico y financiero ajeno a _____ necesario para entender y aceptar los términos y condiciones de esta confirmación (FALSO!).

acompañadas como Documentos 4 a 18 al presente escrito de demanda, nada menos que por importe a satisfacer por mi mandante de 20.202'46 Euros.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Oviedo ha tenido ocasión de referir en su sentencia de 27 de enero de 2010, que la información sobre el riesgo limitada a las advertencias que se

cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del banco, en las condiciones de tipo de interés, periodo y cálculo, satisface a, o no, su interés:

"Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento a ciegas, fiado en la buena fe del banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada realidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee".

Se atisba, de igual modo, mala fe, abuso de información privilegiada y, en consecuencia, nuevo incumplimiento en cuanto a la información que debió facilitarse por la demandada, teniendo en cuenta la previsibilidad que suponía para unos agentes económicos tales como aquélla la que iba a ser tendencia a la baja del Euribor como consecuencia de las repercusiones que empezaban a derivar en Estados Unidos de la conocida crisis de las hipotecas *subprime*, habiendo llegado a situarse el indicador de constante referencia en mínimos históricos¹⁰.

Ello es consecuente, a su vez, con las reflexiones efectuadas por nuestra Audiencia Provincial de Oviedo, Sentencia de 27

NO PUEDE DEBERSE AL AZAR sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente.

¹⁰ Estalló a comienzos de 2007 en EEUU y se propagó luego por toda la economía mundial.

“No se trata de determinar si el cliente sabía o no sabía el riesgo que asumía, la realidad es que los asumía y muy altos, en este sentido resulta escalofriante comprobar que aplicando los términos contractuales el posible beneficio del cliente, que supone un perjuicio para el banco, es con un riesgo de tan solo el 0’1 % y viceversa un riesgo para el cliente del 4’25%. A ello hay que añadir que necesariamente el banco disponía de informes y previsiones razonadas y motivadas, de las que por completo carecía el cliente, de la previsible evolución de los tipos de interés”.

En idéntico sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sentencia de 7 de abril de 2010, al señalar lo obvio, esto es, la realidad de que las entidades bancarias dispongan de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener [REDACTED]

[REDACTED] ice referencial del Euribor, comporta para los clientes inexpertos, o cuando menos no catalogables como profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión.

Y en este sentido, tan solo debemos echar la vista hacia las publicaciones relativas a las decisiones que fue adoptando el Banco Central Estadounidense a partir de 2007 en adelante respecto a la fijación de los tipos de interés como consecuencia de la crisis de las hipotecas subprime, lo que nos da una clara muestra de la referida previsibilidad, por parte de las entidades financieras, de que se produjera un efecto espejo en nuestro país.

Veamos alguno de tantos ejemplos.

18 de marzo de 2008.

La Reserva Federal de EEUU, el equivalente al Banco Central, ha decidido bajar los tipos de interés 75 puntos básicos hasta dejarlos en el 2,25%. El mercado esperaba esta bajada o incluso una bajada de un punto, lo cual habría sido realmente espectacular. Pero la Fed ha decidido no ir tan lejos ya que prefieren guardarse un poco de margen para posteriores bajadas.

Tenemos que recordar que la bajada de tipos ha sido muy agresiva. Los tipos en septiembre de 2007 estaban en el 5,25%. Dicho mes bajaron al

4,75%. El mes siguiente, octubre, bajaron al 4,5%. En diciembre bajaron al 4,25%. Y luego vinieron las grandes bajadas. Enero al 3,5%. Febrero al 3%. Y ahora, marzo, al 2,25%. En 7 meses han pasado del 5,25% al 2,25%. En Europa no se ven cosas así.

Y es que los datos de crecimiento van mal y la máxima preocupación es esa. Un bajo crecimiento lleva a una subida del desempleo e históricamente esa es la mayor preocupación de EEUU. En cambio la inflación, que sigue alta, ha dejado de ser una prioridad para la Fed.

Agencia EFE.- 29.10.2008

Redacción Central, 29 oct (EFE).- La bajada de tipos de interés aprobada hoy por la Reserva Federal de Estados Unidos, del 1,5 al 1 por ciento, los coloca en mínimos históricos y en niveles de junio de 2003.

La Reserva Federal (Fed) aflojó hoy de nuevo la política monetaria con la bajada de los tipos, una decisión que era ampliamente esperada por los mercados bursátiles, que ya habían anticipado la medida con fuertes alzas.

El pasado 8 de octubre la Fed también decidió bajar los tipos de interés medio punto, hasta el 1,50 por ciento, en una acción coordinada con otros bancos centrales, con lo que el precio del dinero volvió a cotas de agosto de 2004.

Desde 2007, la institución había optado por mantener los tipos de interés en ocho ocasiones y por bajarlos en siete reuniones consecutivas, además de la decidida a principios de este mes.

Con la bajada de hoy, el precio del dinero se sitúa en el mínimo histórico del 1 por ciento que alcanzó el 25 de junio de 2003, y la Fed vuelve a apostar por la senda descendente que inició hace más de un año con el estallido de las hipotecas subprime.

Tras reducir los tipos al 1 por ciento en junio de 2003, la Fed los mantuvo en esa cota hasta un año después, ya que el 30 de junio de 2004 subieron al 1,25 por ciento.

Se acompañan ambos artículos como DOCUMENTOS 19 y 20, respectivamente.

En resumen, nos encontramos ante el flagrante y grave incumplimiento atribuible a la parte demandada respecto a [REDACTED]

[REDACTED] diligencia y transparencia por lo que, sin lugar a dudas, el consentimiento prestado por D^a. _____ en las circunstancias descritas se halla claramente viciado por error invalidante.

OCTAVO.- SOBRE LA DECLARACION DE NULIDAD DE SWAP INTERESADA.

De las consideraciones que preceden se nos antoja obvia la concurrencia de un consentimiento viciado por error en D^a. _____.

En efecto, nada nuevo se señala al referir que la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz **exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye** (cuestión que no acontece en nuestro caso) **y de** [REDACTED]

[REDACTED] el mismo se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

En nuestro caso, la voluntad expresa - y expresada - de D^a. _____ pasaba no por la [REDACTED]

[REDACTED] a que se hallaba sometido el préstamo hipotecario que decían -desde la entidad- supuestamente vinculado.

Para entender concurrente en un supuesto de hecho el error como vicio del consentimiento, el artículo 1.266 de nuestro Código Civil exige, en primer lugar, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

A su vez, y en segundo término, la jurisprudencia señala de forma constante que no sólo ha de ser esencial, sino [REDACTED]

[REDACTED] haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13.02.2007).

Por error inexcusable se entiende aquél que pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular y, de conformidad [REDACTED]

[REDACTED] no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración.

A la hora de apreciar la excusabilidad del error, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe [REDACTED]

[REDACTED] se trata de un profesional o de un experto, y por el contrario la diligencia exigible será menor cuando se trata de una persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso, por último, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

Pues bien, en el caso que nos ocupa nos encontramos ante una entidad bancaria que ha vendido a la que era su cliente desde hace más de 20 años!!, D^a. _____, esto es, una persona física dedicada a [REDACTED]

[REDACTED]. Todo ello con la que a estas alturas se hace palpable falta de información, mala fe, y abuso de información privilegiada por la

entidad financiera demandada que motivaron el que mi representada no pudiera tomar decisión alguna con el preceptivo *conocimiento de causa*.

De hecho, cuestión que ya hemos avanzado en líneas precedentes, en atención a la finalidad supuestamente garantista o protectora a que respondían el SWAP objeto de la litis (finalidad única que llevó a [REDACTED]

[REDACTED] **JAMÁS, NUNCA, EN NINGÚN CASO, hubiera suscrito el contrato objeto del presente.**

Concurren, por lo demás, los elementos / requisitos requeridos para entender prestado el consentimiento por error al resultar, éste, esencial, pues afecta a la obligación principal del contrato consistente en [REDACTED]

[REDACTED] suscripción (*“Se trata de un seguro, decían, a través del cual fijaremos un “TIPO MÁXIMO” que permita fijar el tipo de interés del préstamo al 5’29 %*), así como iii) la absoluta falta de información sobre los altos riesgos que su contratación podría suponer para la demandante (finalmente acaecidos) y que conlleva, a su vez, incumplimiento de normativa imperativa por parte de las entidades de constante referencia.

De todo ello cabe concluir que, a falta de una información correcta y adecuada sobre las características de una permuta financiera de tipos de interés que la demandada estaba obligada a [REDACTED]

[REDACTED] riesgo que asumía, **al consistir su único interés, REITERAMOS, en disponer de un mero instrumento de cobertura que le permitiese fijar el tipo de interés en el préstamo hipotecario en el 5’29 %.**

NOVENO.- NULIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA DE PRECISIÓN, CLARIDAD, BUENA FE Y RESPETO AL JUSTO EQUILIBRIO DE LOS INTERESES DE LAS PARTES CONTENIDAS EN LA LEGISLACIÓN GENERAL SOBRE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

Como ulterior causa que daría lugar a la nulidad de los contratos objeto de litigio debe la infrascripta destacar que la entidad financiera demandada incumplió sin lugar a dudas con determinados requisitos formales que le son exigibles por mandato legal y que han acarreado fatales consecuencias a mi representada.

Resulta indudable la aplicación al supuesto de autos de la legislación en defensa de los consumidores y [REDACTED]

[REDACTED] los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta, como acontece efectivamente con mi principal.

Así, el contrato firmado por mi representada con _____, incumple de modo flagrante las exigencias legales que se derivan de la Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, habiéndose vulnerado por las adversas diversos preceptos de carácter imperativo contenidos en el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como son:

- a) El deber de información impuesto en el artículo 12.1 de la Ley, de conformidad con el cual *“los empresarios pondrán en conocimiento previo del consumidor y usuario, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta su naturaleza, características, duración y de las personas a la que van destinados, conforme a lo previsto en el artículo 18 y normas complementarias que resulten de aplicación”*.
- b) Los derechos del consumidor establecidos en el artículo 8. b) de la Ley, referido a la *“protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”*.
- c) El deber de presentación establecido en los artículos 18 y 20, al comercializar como una supuesta suerte de *seguro o cobertura* un producto altamente complejo en elusión del elevado riesgo inherente al mismo derivado de la suscripción del contrato.

- d) Los artículos 85.4, 87.6 y 87.3 de la misma Ley, en cuanto a la nulidad de cláusulas que autorizan al empresario a la resolución anticipada sin reconocer igual facultad al consumidor o usuario; incurriéndose, por último, en el más genérico concepto de abuso preceptuado en el artículo 83.1 de la Ley.

Pero es que además hay que tener en cuenta que, a través de los artículos 82 y siguientes del texto refundido, (anterior 10. [REDACTED])

[REDACTED] predispuestas por el empresario en un contrato de adhesión, tengan o no el carácter de condición general utilizada en una multiplicidad de contratos, como por establecer unos requisitos más exigentes para la eficacia de dichas cláusulas.

Se reproducen los tres requisitos que establecía el texto anterior, eliminando la exigencia de que se trate de condiciones generales. Tal como ha quedado redactado el precepto, los requisitos que han de reunir tanto las condiciones generales como las cláusulas no negociadas individualmente de los contratos [REDACTED]

[REDACTED] debidamente explicado; y (iii) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Los artículos 82 y siguientes del Texto Refundido (antes artículo 10 *bis*) regula las cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores. Se definen las cláusulas abusivas como **aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en** [REDACTED]

[REDACTED] adicional 1ª de la ley; ahora bien, este listado tendrá un carácter enunciativo y no de *numerus clausus*, ya que son en todo caso abusivas las cláusulas expresamente previstas como tales en la ley, pero ello no impide que puedan considerarse abusivas **otras no previstas expresamente en dicho listado, si las mismas perjudican al consumidor en contra de las exigencias de la buena fe.**

Conforme a este precepto, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del precepto al resto del contrato.

Téngase asimismo presente que se establece una regla concreta de **carga de la prueba**: será el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente quien tendrá la carga de probarlo. Se trata de algo lógico, especialmente porque existen ciertos sectores de la [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] de lo común.

Asimismo, se prevé que para apreciar el carácter abusivo de una cláusula debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

El régimen de ineficacia contractual que se prevé para estas cláusulas abusivas es el de **nulidad de pleno derecho**: dice la ley [REDACTED]
[REDACTED] de las condiciones generales, el ejercicio por el adherente de una acción individual dirigida expresamente a obtener una declaración de nulidad o no incorporación de la cláusula, por lo que tal nulidad podrá plantearse como excepción o reconvención ante la reclamación del predisponente.

En cuanto a la sentencia que estime la alegación de nulidad de una cláusula abusiva, prevé el nuevo articulado que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo al artículo 1.258 del CC-buena fe, uso y ley-, por lo que el Juzgador deberá integrar el contrato, disponiendo al efecto de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes cuando subsista el contrato, y respecto de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor.

Ahora bien, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada -como ocurre en la presente litis- podrá ser declarada la ineficacia del contrato en su **totalidad**, y dado que aquí la nulidad afecta a elementos esenciales del contrato, la solución es la nulidad de los citados negocios jurídicos.

CONCLUSIÓN: La entidad bancaria demandada incumple con las exigencias de precisión, claridad, buena fe y respeto al [REDACTED]
[REDACTED] en las prestaciones *ad exemplum*, en cuanto a las consecuencias de la cancelación anticipada, del fuero, del sometimiento a arbitraje en

partido distinto al del consumidor y al de celebración de contrato, etc.), por lo que - en consonancia con el régimen de ineficacia contractual que se prevé para estas cláusulas abusivas - debe acordarse la nulidad de los contratos de constante referencia.

DECIMO.- DE LOS PREVISIBLES “ARGUMENTOS DE DEFENSA”.

Esta parte, adelantándose a las alegaciones que, a nuestro entender, efectuará la parte demandada en su

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] suscrito. Lo que es más, las manifestaciones realizadas en la cláusula cuarta del contrato están flagrantemente predispuestas y orientadas a favorecer, descaradamente, la posición de la entidad financiera en el eventual pleito que pudiera devenir

[REDACTED]

[REDACTED] al 5'29 %. Nada más lejos de la realidad.

Y ello por cuanto la motivación de su contratación, no olvidemos, a instancias de la demandada, se centraba, precisamente, en la voluntad de mi mandante de no asunción de riesgo alguno en el préstamo hipotecario contratado y acompañado a la presente como Documento nº 2.

D^a. _____ buscaba protección, no especulación.

ii) Por su parte, y como hemos visto, D^a. _____ se dedica a la ganadería, sin que la misma disponga de NINGUNA experiencia financiera ni sus pretensiones pasen por inversión y/ o

[REDACTED]

[REDACTED] de estudios de algún tipo (si fuera el caso), pues como bien rezaba la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao, de fecha 15.03.2010,

cualquier persona normal puede dirigir una empresa modesta, y tener conocimientos del sector profesional a que la misma se dedica, si bien ello no es óbice para que el mismo pueda encontrarse, a su vez, en una situación similar a la de cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario.

iii) Pretenderán, a su vez, cuestionar la excusabilidad o inexcusabilidad del error padecido, tratando de hacer ver a [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] Nacional del Mercado de Valores), no pudo existir más diligencia a emplear por la misma a la vista de sus escasos conocimientos técnico financieros.

No estamos hablando de ausencia de información sino de **OCULTACION PREMEDITADA**, con mala fe contractual y única pretensión de colocar un nuevo producto tóxico a un cliente “desarmado” por absolutamente confiado en la financiera demandada.

iv) Aunque en el caso objeto de la litis no haya acontecido significativamente, no está de más señalar la [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] oficina _____, D^a. _____, manifestó en todo momento a mi mandante, siempre y en todo caso, que no se preocupara, que era la operativa habitual del producto pero que al final pagaría ese 5'29 % en el préstamo hipotecario.

Esto es, empleó de parapeto toda una serie de falsedades respecto al significado de las liquidaciones PARALELAS del contrato SWAP de constante referencia.

v) Pretenderán probablemente, y en pro de provocar dilaciones indebidas, manifestar que el clausulado del contrato fue negociado individualmente y no es, por tanto, un contrato de adhesión, todo ello [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] a un contrato en _____, pretendiendo atraerlo hacia Madrid y, como decíamos, someterlo a un arbitraje que no es de consumo, ni siquiera

arbitraje institucional creado legalmente para un sector o un supuesto específico, pero a ello aludiremos en líneas posteriores con mayor detalle.

En definitiva señalar que, aun resultando obviamente legítima la estructuración, por parte de la demandada, de una estrategia tendente no solo a la provocación de dilaciones indebidas sino a la destrucción [REDACTED]

[REDACTED] de manifiesto por la demandada en la contratación con mi mandante no pueden sino conducir a la estimación íntegra de esta demanda.

DECIMO PRIMERO.- NULIDAD DE PACTO DE SUMISION EXPRESA EN CONTRATO DE ADHESION O QUE CONTENGA CONDICIONES GENERALES.

Antes de alcanzar las conclusiones, y a la vista de los ya referidos previsibles argumentos de defensa y pretensiones dilatorias que se articularán con toda probabilidad por parte de la adversa, debe adelantarse por la que suscribe que el artículo 54 de la LEC, relativo al carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, establece que “*no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios*”.

Por su parte, el artículo 3 de la Directiva Comunitaria 93/13, de 5 de abril, aplicable a mi mandante *ex artículo 2 b)* en su condición de «consumidores» de servicios bancarios, establece en su [REDACTED]

[REDACTED] negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.

Asimismo, el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, que tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE anteriormente citada, indica que “*serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio* [REDACTED]

[REDACTED] *la Defensa de los Consumidores y Usuarios*” que, en su

apartado 27^a, expresa que tendrán el carácter de abusivas, entre otras, las cláusulas que recojan “la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del [REDACTED]

[REDACTED] -así como las que en ellas se citan- en el sentido de considerar nulas por abusivas, dado el desequilibrio que crean entre las partes contratantes, las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos de adhesión.

Finalmente, es preciso destacar que varias Audiencias Provinciales ya se han pronunciado sobre los contratos bancarios de la demandada en las presentes actuaciones (como hemos visto), concluyendo sin demasiadas dificultades que todos ellos, como el que hoy nos ocupa, son contratos de adhesión.

Dicho lo cual, y a los solos efectos de evitar a la contraria tales estrategias dilatorias, no cabe duda de que el “CONTRATO STOCKPYME TIPO FIJO” de fecha 25 de junio de 2008 es un contrato de adhesión cuyos [REDACTED]

[REDACTED] 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

Pero es que además, y en idéntico sentido que en lo precedente, también es nula la cláusula de sometimiento arbitral a que se refiere el contrato STOCKPYME TIPO FIJO y predispuesta lógicamente en su propio beneficio por la entidad financiera demandada.

En efecto, no [REDACTED]
[REDACTED], pero es que, por si fuera poco, existe igual jurisprudencia dictada POR LO QUE RESPECTA A LA CLAUSULA CONCRETA QUE NOS OCUPA, PREDISPUESA POR LA ENTIDAD BANCARIA DEMANDADA, de la que es un buen ejemplo el auto (resolviendo ésa

¹¹ A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

declinatoria en la búsqueda de las ya mentadas dilaciones indebidas) dictado por la Audiencia Provincial de Asturias en fecha 14 de octubre de 2011.

Reiteramos _____

_____ **adhesión” cuyas cláusulas, todas ellas, han sido unilateralmente
predispuestas por _____ para su utilización en una pluralidad de
contratos.**

Pues ben. Al respecto de la cláusula de sometimiento a arbitraje reza la referida resolución lo siguiente:

La cláusula de sumisión a arbitraje cuya efectividad se discute en el presente procedimiento, está contenida en el contrato "SWAP" de permuta financiera (denominado comercialmente por el Banco "Stockpyme VI - Tipo Fijo Escalonado"), celebrado por el demandante con " _____", cuya cláusula 6ª establece textualmente, en lo que aquí interesa, que «Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje de Derecho, por un único árbitro, en el marco de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, a la que se encomienda la administración del Arbitraje y la designación de los árbitros de acuerdo con su Reglamento (LCM 2001, 503) y Estatutos, sin más excepciones o derogaciones que las contempladas en la presente cláusula arbitral ».

Al respecto de la misma, se dice, este Tribunal ya ha dicho, en Autos de 2 de junio de 2.011 (JUR 2011, 347106) (Rec. nº 618/2010) y 8 de julio de 2.011 (JUR 2011, 318909) (Rec. nº 306/2011), en relación con idéntica cláusula, que « de la lectura de la mencionada cláusula, dada su generalidad, no cabe excluir la nulidad del contrato como ajena al pacto arbitral, pues la cláusula no hace excepción alguna respecto del total contenido del contrato, y es evidente que para decidir sobre la nulidad de los contratos se hace necesario interpretar su naturaleza y su contenido, de modo que cualquier cuestión derivada de su ámbito y objeto corresponde ser resuelta mediante arbitraje de derecho privado, aparte de que la validez del convenio arbitral y la validez o nulidad del contrato de permuta financiera en la que se incluye son cuestiones bien distintas al ser ambos contratos separables, según se ocupa de recordar la Exposición de

Motivos de la Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010) en su apartado V, y así lo dispone expresamente su artículo 22 cuando dice que "la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral" (en idéntico sentido se pronuncian, en interpretación de la misma cláusula, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 12 de febrero de 2.010 (AC 2010, 1098), Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 6 de julio de 2.010 (JUR 2011, 7668), y Castellón, Sección 1ª, de 22 de febrero de 2.011 (AC 2011, 850)).

Sin embargo, en lo que atañe a la consideración de si el demandante contrató el producto en su condición de consumidor o no, hemos de tener en cuenta que el artículo 9.2 de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre (RCL 2003, 3010), establece que «Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato»; que el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), sobre Condiciones Generales de la Contratación , dispone que « Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención », y añade en su apartado 2 que « En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906) , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios » (referencia ésta última que debe entenderse hecha a los artículos 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RDLeg. 1/2007 de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y 2008, 372)); que el artículo 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que « Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico »; y que el artículo 83.1 de éste mismo Texto Legal, establece que « Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas ». En esta misma línea, decíamos en los Autos antes aludidos que « el carácter abusivo de cláusulas de sumisión puede ser apreciado incluso de oficio, cuando se encuentran insertas en contratos de adhesión (ver Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 Oct. 2006, proc. C-168/2005 (TJCE 2006, 299), y 6 Oct. 2009 (TJCE 2009, 309), rec. C-40/2008, y Auto de 16 Nov. 2010, rec. C-76/2010) ».

Procede traer también a colación, aunque analice un supuesto de sumisión, no a arbitraje, sino a la jurisdicción de los Tribunales de un lugar distinto al del domicilio del consumidor, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de junio de 2.000 (TJCE 2000, 144) (proc. Acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98), que expresa con claridad, interpretando la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) del Consejo , que «..... **es preciso señalar que una cláusula como la controvertida en los litigios principales reúne todos los requisitos para poder ser calificada como abusiva a la luz de la Directiva, puesto que ha sido incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional sin que haya sido objeto de una negociación individual en el sentido de dicha disposición. Una cláusula de esta naturaleza, cuyo objeto consiste en atribuir la competencia, en todos los litigios que tengan su origen en el contrato, a un órgano jurisdiccional en cuyo territorio se halla el domicilio del profesional, impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un Tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa su comparecencia.**

Una cláusula de esta índole queda así comprendida en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del Anexo de la Directiva.

En cambio, esta cláusula permite al profesional agrupar todos los procedimientos contenciosos correspondientes a su actividad profesional en el Tribunal en cuyo territorio se encuentra su domicilio, lo que facilita la organización de su comparecencia, al mismo tiempo que hace que ésta sea menos gravosa. De ello se deduce que una cláusula atributiva de competencia que sea incluida sin que haya sido objeto de una negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y que confiere competencia exclusiva a un Tribunal en cuyo territorio se encuentra el domicilio del profesional, debe considerarse abusiva a los efectos del artículo 3 de la Directiva , en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

El demandante sostiene que tiene la condición de consumidor frente al Banco, y que puede invocar dicha condición para demandar la nulidad, por abusiva, de la

cláusula de sumisión, puesto que concertó el contrato "Stockpyme" con la finalidad primordial de protegerse contra posibles subidas de los tipos de los intereses de un préstamo hipotecario a interés variable que le había concedido el Banco en enero de 2.008, por un importe de 77.442 €.

El Banco demandado le niega, sin embargo, la condición de consumidor, pues entiende que D. Severiano suscribió el contrato con la finalidad de gestionar el riesgo de tipo de interés de sus deudas contraídas para satisfacer necesidades de su actividad empresarial o profesional, y no necesidades suyas personales.

Y si bien es cierto que el contrato suscrito por las partes, titulado "Stockpyme IV - Tipo Fijo Escalonado" **se subtitula, entre paréntesis "(Modelo general para empresarios y profesionales)", y que, efectivamente, en su apartado 4 dice que el cliente manifiesta al Banco que concierta la operación con la finalidad de gestionar el riesgo de tipo de interés de sus contraídas para satisfacer necesidades de su actividad empresarial o profesional** (nueva muestra de que es un contrato de adhesión, la identidad con el clausulado objeto de la presente litis), **es necesario tener en cuenta que más allá de estas menciones o declaraciones, puestas unilateralmente por el Banco en un contrato impreso, hay que estar a la finalidad real buscada por las partes, y en el presente supuesto hemos de concluir necesariamente que, a diferencia de lo que ocurría en los supuestos analizados en los Autos de 2 de junio de 2.011 (JUR 2011, 347106) y 8 de julio de 2.011 (JUR 2011, 318909), tantas veces citados, ha quedado suficientemente acreditado que el contrato se concertó con la finalidad primordial de protegerse el actor contra posibles subidas de los tipos de los intereses del préstamo hipotecario a interés variable que le había concedido el Banco en enero de 2.008.**

(..) Hemos de concluir que se concertó en atención a su endeudamiento como particular, por lo que no se le puede aplicar la exclusión que pretende aplicarle el Banco, contemplada en el artículo 3 del TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), **según el cual son consumidores y usuarios « las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional », y siendo esto así, la cláusula de sumisión a arbitraje debe considerarse abusiva y, por tanto, nula, pues no remite a las partes a un arbitraje de consumo, ni a un arbitraje institucional creado legalmente para un sector o un supuesto específico, y además, introduce, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha quedado expuesta, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los**

derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, puesto que, le permite agrupar todos los contenciosos relacionados con este tipo de contratos en un órgano arbitral, que aunque no está situado en el lugar de su domicilio social, le facilita la organización de su comparecencia, mientras que obliga al consumidor a litigar fuera de su domicilio, con renuncia al fuero del lugar de celebración del contrato, que le reconoce el artículo 50.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y además le priva de los recursos ordinarios que dicha Ley permite interponer contra las Sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia, puesto que contra el Laudo arbitral solo cabe interponer recurso extraordinario de anulación.

En idéntico sentido, esto es, declarando NULA de plena derecho la cláusula de sometimiento a arbitraje incluida unilateralmente por el profesional en un contrato de adhesión, se pronuncian, entre tantas otras, la Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia 335/05, de 12 de julio, la Audiencia Provincial de Sevilla, Sentencia de 2 de febrero de 2011, y Audiencia Provincial de Barcelona, Auto 20/09, de 19 de enero.

DÉCIMO SEGUNDO.- CONCLUSIONES: ESTIMACIÓN DE LA DEMANDA.

De cuanto se ha narrado y argumentado, así como de los documentos acompañados junto con el presente escrito de demanda, ha quedado debidamente acreditado:

➤ Que D^a. _____ y la demandada, _____, suscribieron un _____

_____ del tipo de interés variable a que aquél se hallaba sometido.

Que la iniciativa de la contratación partió de la propia demandada. El contrato de permuta financiera (SWAP) permitiría - decían - FIJAR el tipo de interés a que se hallaba sometido el _____

➤ Que la demandada, a sabiendas del tipo de contrato, de la fecha en que los hechos se suceden y, en especial, de las graves consecuencias que podrían derivar para mi principal (por _____

_____ DE SEGURO, a partir de la cual, mi mandante convertiría el tipo de interés variable al que se hallaba sometido el préstamo hipotecario - origen

de la sugerencia de contratación de SWAP - a un **TIPO FIJO**, asegurándose mi poderdante, se suponía [REDACTED] las fluctuaciones del Euribor.

- Que la única voluntad que llevó a mi principal, con carácter de exclusiva, a la contratación del SWAP de constante referencia era la de FIJAR el tipo de interés en el préstamo [REDACTED] concertado durante toda su vigencia.
- Que _____ se sirvió, en primer lugar, de la desinformación facilitada a mi representada sobre los riesgos que con la suscripción del contrato la misma venía a asumir; en [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] AÑOS de relación “cliente-gestor”, para colocar a un particular lógicamente calificado como “no profesional” según la MIFID un nuevo producto derivado complejo de ELEVADOS y no informados RIESGOS económicos para el cliente contratante.
- **Que de haberse conocido el riesgo existente por mi principal, a todas luces no hubiera firmado ni un solo documento de los que le ofreció la entidad demandada.**
- Que para la obtención de la firma, la parte demandada incumplió la normativa sectorial vigente en cuanto a sus deberes de información, toma de conocimiento previa de la [REDACTED]
[REDACTED] como *clientes minorista*.

La posibilidad de invocación del efecto directo de la Directiva MIFID en su conflicto con [REDACTED]
[REDACTED]

- [REDACTED]
[REDACTED] hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba, sin conocer las implicaciones del producto que contrataba y del verdadero riesgo que asumía, **al consistir su único interés en disponer de un mero instrumento que le asegurase un tipo fijo en el préstamo hipotecario concertado.**

- Ello nos lleva a que el consentimiento prestado por D^a. _____ se halle claramente viciado por ERROR INVALIDANTE, concurriendo sin lugar a dudas todos y cada uno _____

_____ de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y normativa que la desarrolla¹².

- Que mi _____
_____ de la que se suponía garantía QUE LE FIJARA EL PRESTAMO HIPOTECARIO AL 5'29%.

- Que cualquier intento de otorgarle solución amistosa al presente asunto ha resultado absolutamente _____

_____, los cuales no han obtenido ningún tipo de respuesta. Valga referir, en relación con la contestación recibida de parte de la entidad bancaria, no solo la indiferencia mostrada ante un supuesto de pérdidas tan graves sino la admisión por _____
_____ para determinar si fue o no informada oportunamente respecto al negocio en cuestión (al margen el contrato de stockpyme aportado a las presentes).

¹² *Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, deberá proporcionárseles de manera clara y comprensible información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta, sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les 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.*

La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.

Todo ello, como hemos dicho, nos debe conducir a la estimación íntegra de la demanda, con la consecuencia obligada de la declaración de nulidad del contrato cual es la restitución recíproca de las cosas materia de contrato y la condena en costas a la parte adversa.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) DE CARÁCTER JURÍDICO-PROCESAL

I.- CAPACIDAD.-

D^a. _____ ostenta la suficiente capacidad procesal a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II.- REPRESENTACIÓN.-

D^a. _____ está representada en este procedimiento por el Procurador que suscribe y asistida por el abogado del Iltre. Colegio de Abogados de _____, colegiado número _____ (_____ por ser su intervención preceptiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la referida ley.

III.- JURISDICCIÓN.-

Es competente la jurisdicción civil española, conforme a lo dispuesto en artículo 21.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Asimismo, según lo establecido en el artículo 9.2 de Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a los tribunales civiles el conocimiento de las materias que le son propias así como todas aquellas que no estén previstas para otro orden jurisdiccional, el presente asunto debe ventilarse en el ámbito de la jurisdicción civil por razón de la materia que hoy nos ocupa.

IV.- LEGITIMACIÓN.-

La legitimación activa y pasiva la ostentan actora y demandada en tanto titulares de la relaciones jurídicas objeto de la litis, contrapartes en los contratos de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (SWAPS).

V.- COMPETENCIA.-

Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia de Zaragoza, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 51 de la misma Ley (*“Las personas jurídicas*

contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante”), y artículo 54.2 LEC (*“No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios”*).

VI.- DE LA ACCIÓN EJERCITADA Y PROCEDIMIENTO.-

La acción ejercitada con la presente demanda es una acción declarativa de nulidad que debe sustanciarse a través del procedimiento declarativo ordinario, por razón de la cuantía, de conformidad con lo establecido en el artículo 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según lo previsto para el mismo en los artículos 399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VII.- CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO.-

La cuantía del procedimiento es indeterminada.

B) FUNDAMENTOS RELATIVOS AL FONDO DEL ASUNTO

Se dan por reproducidos los Fundamentos de Derecho expuestos en el cuerpo del presente escrito de demanda, así como los que a continuación se señalan:

- Artículo 1.254 del Código Civil: *El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.*
- Artículo 1.265 del Código Civil: *Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.*
- Artículo 1.266 del Código Civil: *Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.*

En cuanto a la mala fe (y abuso de derecho).

Artículo 7.1 Código Civil.

STS de 17 de noviembre de 1997: Los principios de buena fe, de la función social de la propiedad y de interdicción del abuso del derecho son de naturaleza imperativa y con alcance general para el ordenamiento jurídico hasta el punto de que el juez debe aplicarlos de oficio en virtud de la regla iura novit curia. Es más, a veces, los principios de buena fe y de interdicción del abuso del derecho tienen una frontera evanescente, de modo que la alegación de uno lleva ínsita la del otro.

SAP de Barcelona de 21 de julio de 1991: La exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos, conlleva, pues, que la conducta del que dichos derechos ejercita se ajusta a normas éticas, contradiciéndose, entre otros supuestos, dicho principio cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en juicio de quien puso su confianza en ella. En definitiva, conforme a lo que un autorizado sector de la Doctrina científica señala, la buena fe en sentido objetivo consiste en que la conducta de uno con respecto a otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exige.

Como no podía ser de otra manera, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha hecho suyos tales criterios al referirse en su artículo 247 a las reglas de la buena fe procesal (multas por su incumplimiento), al referirse a que “Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”, lo que de por sí entendemos debería servir para desestimar cualquier causa de oposición que pueda formular la demandada.

SOBRE LA NULIDAD -RADICAL- CONTRACTUAL ALEGADA.

Artículo 6, 1.261, 1.300 y concordantes del Código Civil.

La norma prevista en el 1.301 CC ha sido interpretada por la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la “acción de nulidad” ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y los que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada sentencia que el plazo fijado por el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las acciones ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que “adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”, siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, “concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 CC”, es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales no hay contrato”. “Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente”.

“Por su parte, en la sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que “resulta inaplicable el artículo 1301 ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad” (en idénticos términos, STS de 22 de noviembre de 1983, STS de 31.10.92, de 08.03.94, 27.02.97 y 20.10.99).

SOBRE LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Artículo 51.1 de la Constitución Española.

RD 1/2007, de 16 de noviembre.

Artículos 1 a 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

RD 629/93 (NORMAS CONDUCTA BANCARIA), sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, actualmente derogado por RD 21/08, de 15 de Febrero. Se disciplina en él un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones de nuestro caso, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y atención adecuados para encontrar productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa suficiente y ENTREGADA a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de las operaciones que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañadas de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

RESOLUCIONES DEL SERVICIO DE RECLAMACION DEL BANCO DE ESPAÑA

De diversas resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España (3.6.09, 23.6.09, 24.6.09, entre otras) se extrae lo siguiente:

- i) *Que el contrato de permuta financiera constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.*
- ii) *Que para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.*
- iii) *Que se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones*

de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

- iv) *Que entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes de 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 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.*

C) JURISPRUDENCIA APLICABLE AL SUPUESTO DE AUTOS

SAP JAÉN nº 80/2009, de 27.03.2009.

La demanda que dio origen al procedimiento instaba la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés, suscrito entre las partes el 15 de mayo de 2004, solicitando la condena al pago de 6.137,01 euros y las cantidades que se devengasen hasta la ejecución de la sentencia; y alternativamente planteaba la resolución contractual, con idéntica condena.

Así las cosas, hemos de resaltar que se trata de un contrato marco de operaciones financieras, que según el expositivo II había sido elaborado por la Asociación Española de Banca Privada, y protocolizado en Acta autorizada por el Notario de Madrid D. Vicente Moreno Torres Camy. La estipulación 2ª del referido contrato establecía que su objeto era la regulación de la relación comercial que surja entre las partes, como consecuencia de la realización de determinadas operaciones, describiéndose al efecto diferentes permutas financieras (swaps). En cualquier caso se remitía a los anexos I y II, que formaban una unidad, y también al documento de confirmación en el que se concretarían las correspondientes operaciones financieras, integrando asimismo el objeto del contrato.

Posteriormente se llevó a cabo la confirmación de la permuta financiera de los tipos de interés, mediante un nuevo documento suscrito también por el actor, en el que se planeaban los términos y condiciones específicos de la operación.

Ambos documentos, que como se dijo, constituían una unidad han de examinarse para deducir si medió o no el error en el consentimiento, que se alega, por la falta de información necesaria y por la forma en que se redactaron las cláusulas del mismo. Todo ello lo pondremos en relación con la legislación en materia del mercado de valores, y con la normativa vigente sobre la protección de los consumidores y usuarios. Toda vez que el actor mantiene que concertó un seguro para garantizar un tipo fijo de interés, en relación con el préstamo hipotecario que había suscrito con la entidad demandada. En definitiva, se trataba de asegurar la contingencia de una posible subida de tipos de interés del préstamo en cuestión, siendo el coste de dicho seguro 600 euros.

Pues bien, de importancia resulta la declaración prestada por D. Severiano, como representante legal de la entidad bancaria demandada, en el sentido de que el Sr. Geronimo se interesó por la posible subida de los tipos de interés, y como quiera que no quería que el tipo pactado en el préstamo hipotecario subiera le propuso la contratación de un seguro, por el que a cambio del pago de 600 euros se garantizaba un tipo de interés fijo. Aún así, a la vista de los documentos que se le mostraron, aportados con la demanda reconoció su contenido, diciendo que el contrato no lo redactaba él, sino que venía hecho desde Madrid.

Como puede observarse, a la vista de los documentos referidos, se trata de un contrato tipo, que como tal ha de ajustarse por la fecha de su redacción al [Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo \(RCL 1993, 1560\)](#) , sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El artículo 14,2 de la referida norma dispone que los contratos tipo deberán de contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustados en todo caso a lo dispuesto por la [Ley 26/1984 de 19 de julio \(RCL 1984, 1906\)](#) , general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. Pues bien, en primer término, y según lo preceptuado en el artículo 15,1 del mismo texto legal, resulta obligatoria la entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, porque precisamente lo suscrito fue un contrato tipo. Sin embargo, únicamente figura firmado por el actor el contrato marco al que se adjunta el anexo I, y la confirmación de la permuta, pero no se adjuntó el anexo II. Este documento, como pudo comprobarse a través de la documentación aportada por el Banco de España, resulta de gran importancia, al contener un conjunto de definiciones para interpretar las confirmaciones de operaciones financieras, documentadas al amparo del

contrato marco. Precisamente en dicho anexo se contienen las diferentes opciones, entre las que cabría incluir la que nos ocupa, según la demandada denominada Floor, según la cual, una de las partes (comprador) se obliga a pagar a la otra (vendedor) una prima, y la contraparte se obliga frente a ella a que, en el supuesto de que en una fecha futura previamente pactada por las partes, los tipos de referencia cayesen por debajo del tipo Floor, el vendedor pagará al comprador una cantidad Floor que se calculará de acuerdo con lo establecido en el mismo anexo, sobre un importe nominal acordado por las partes.

Dicha documentación no consta que la entidad financiera la entregara al actor, y lo que es más importante, tampoco resulta acreditado que llevara a cabo su obligación de información previa al cliente.

En este sentido, el artículo 5,3 del Real Decreto que comentamos dispone que 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 contrate.

Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E, en su artículo 31, [2006/73 \(LCEur 2006, 1963\)](#) , el [Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero \(RCL 2008, 407\)](#) , relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 629/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas.

Es de mencionar de igual modo el [Real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril \(RCL 2003, 1138, 1221\)](#) sobre medidas de reforma económica,. En su artículo 19 dedicado a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios. El párrafo 1º del precepto dispone que las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. Asimismo el párrafo segundo establece que las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Además, las características de

dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativos a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictados al amparo de lo previsto en el artículo 48,2 de la [Ley 26/1988 de 29 de julio \(RCL 1988, 1656 y RCL 1989, 1782\)](#) , de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Pues bien, consideramos que el Banco Santander Central Hispano S.A. no cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, pues como se dijo no consta que se le hubiera proporcionado al cliente la documentación necesaria, por ser parte integrante del contrato, para conocer el verdadero objeto o contenido del mismo. El representante legal de la entidad demandada dijo que en la oferta vinculante del préstamo hipotecario se ofreció al cliente una cobertura genérica que podía hacerse de muchas formas. Aunque en el documento de oferta vinculante del préstamo hipotecario, donde se recogen las condiciones financieras del mismo, entre otras el importe del préstamo y los intereses variables pactados, no se hace mención a estas formas de cobertura, y contiene lapsus importantes, sobre la finca hipotecada, que realmente son dos, y no una, e incluso no aparece firmada por ninguna de las partes.

La entidad financiera asume como objetivos, reflejados en su página de Internet, el llamado espacio MIFID, como consecuencia de la entrada en vigor de la [Directiva 2004/39 C.E. \(LCEur 2004, 1848\)](#) relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76 C.E SIC, ya citada, y el [Reglamento C.E 1287/2006 \(LCEur 2006, 1962\)](#) .

En aplicación de la misma se exige la clasificación de los clientes a los que se presten servicios de inversión en las nuevas categorías; minorista profesional y contraparte elegible, para adaptar las medidas de protección a los inversores a la clasificación asignada.

Así, los clientes minoristas, fundamentalmente todos los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc, reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos.

A pesar de ello, el actor, que según los requisitos previstos en el programa que comentamos, tendría la consideración de minorista, no ha sido tratado con las prevenciones exigibles al máximo nivel de protección.

Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao, Sentencia de fecha 15 de marzo de 2010.

A partir de todo lo expuesto, se atisba un escenario en el que un banco ha vendido a un cliente dedicado al sector de la calderería, montaje, reparaciones, mantenimiento preventivo y mecanizado (y desde luego, no especializado en mercados de inversión o en el ámbito económico financiero) un producto para asegurar riesgos derivados de los movimientos de mercado en relación a su margen de endeudamiento, sin advertir frente a la posibilidad de pérdidas de entidad. Así, tal producto se ha diseñado en un complejo sistema documental de difícil comprensión con multitud de cláusulas (redactadas todas ellas unilateralmente por la actora y con remisiones cruzadas), entre las que se incluyen cláusulas interpretativas, y la posibilidad unilateral de calcular el coste de la cancelación anticipada que, por supuesto, se cobra el cliente. Y que, además, han sufrido variaciones en el tiempo, cancelando y confirmando distinta permutas (sin explicación concreta de la razón de dichos cambios, limitándose a reseñar que la siguiente era más favorable al cliente que la anterior).

Llegado el concurso, se opera el vencimiento anticipado por causa imputable al cliente, por el hecho de la insolvencia (sin que se requiera ningún tipo de incumplimiento específico del contrato); y se calculan, a través de un método que este Juzgador no acierta a comprender, unas cantidades adeudadas de importancia (se reitera, cuando se había modificado el producto buscando la modalidad más favorable al cliente). Es decir, y este es un dato clave del asunto, a través de todo este sistema financiero complejo, y a partir de una evolución normal de los índices bancarios en el marco de la actual crisis (como hecho notorio en los últimos años en los que se han venido a cumplir las expectativas macroeconómicas previstas desde el inicio de la crisis), **lo que se vendió como un producto para asegurar determinados riesgos financieros, se acaba convirtiendo en unas pérdidas que en el presente caso rebasan ligeramente la cantidad nada desdeñable de 150.000 euros.**

Y así, sin saber bien la razón, donde existía un producto seguro, tenemos una apuesta de riesgo (extremo que se concreta en el momento en que surgen pérdidas para el cliente); sin que por la entidad bancaria se ponga de manifiesto qué capital o activo concreto puso en riesgo en toda esta operación.

Toda esta reflexión nos lleva a concluir que ha existido un claro vicio de consentimiento por causa de error en el objeto. Así, conviene recordar la doctrina jurisprudencial clásica que interpreta el mencionado artículo 1266 del Código Civil, y que establece como requisitos de la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento, que el error sea **esencial e inexcusable, que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se haya podido evitar con una regular diligencia.**

En este sentido, la [sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de septiembre de 1996 \(RJ 1996, 6820\)](#) en la que se señala lo siguiente: «En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la [sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1978 \(RJ 1978, 1361\)](#) que

«para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración -artículo 1261-1º y sentencias de 16 de diciembre de 1923 y [27 de octubre de 1964 \(RJ 1964, 4735\)](#) - que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -sentencia de 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1944- que no sea imputable a quien la padece -sentencias de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957- y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado -sentencias de 14 de junio de 1943 y 21 de mayo de 1963-.

«De otra parte, como recoge la [sentencia de 18 de febrero de 1994 \(RJ 1994, 1096\)](#) , según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del Código Civil; es inexcusable el error ([sentencia de 4 de enero de 1982 \[RJ 1982, 179\]](#)), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración».

(...) En este sentido, se ha razonado en este caso **sobre la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria**, la cual vino obligada (primero como cualquier otro contratante, y segundo, con mayor rigor si cabe, en el ámbito bancario) **a facilitar que el cliente adquiera plena conciencia de lo que contrata**. Sobre este extremo, se ha pronunciado en una reciente sentencia el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón, en fecha 21 de enero de 2010. En la misma, se indica que **«el deber de información, con mayor razón ha de estar presente en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, y en la que concurren, no solo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que, de forma masiva, celebran contratos con bancos y otras entidades financieras»** En esta línea, menciona la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de [13 de noviembre de 2008 \(AC 2009, 56\)](#) (reiterativa de otra del mismo Tribunal de fecha [14 de noviembre de 2005 \[JUR 2007, 43510\]](#)), en la que se dispone que

«la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto a otros sectores, que conllevan la necesidad de procurar al consumidor una adecuada protección, tanto en fase precontractual, mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación), como en la fase contractual, mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones; y como en fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación». Por último, la referida sentencia de instancia menciona la reciente reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, operada por la [Ley 47/2007, de 19 de diciembre \(RCL 2007, 2302 \)](#), en la que el legislador refuerza esa obligación de transparencia de las entidades bancarias, en relación, entre otros, con los contratos como los que aquí nos ocupan (en la línea que, además, va marcando la legislación comunitaria). Y así, en este supuesto y tal y como se ha razonado, se ha acreditado una deficiente información de la operación financiera compleja en análisis.

En tercer lugar y relacionado

[REDACTED]

[REDACTED], reparaciones, mantenimiento preventivo y mecanizado); y encontrarse, a su vez, en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario.

Es decir, perfectamente puede tener un desconocimiento pleno del asunto, relacionándose con el banco correspondiente, para obtener capacidad financiera para su empresa, a través del bancario correspondiente, con el cual a lo largo del tiempo se va desarrollando una relación de confianza. En consecuencia, se considera que su error fue inexcusable, puesto

que no tenía específicos conocimientos en la materia (sin perjuicio de que tal situación o ausencia de formación tuvo que ser conocida por ese profesional bancario que había mantenido hasta entonces con él una relación de confianza), y dado que la persona de su empresa que le aconsejó en tal sentido no fue informada por el banco de manera transparente y suficiente, como se ha razonado.

En esta misma línea, las recientes [sentencias de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de abril de 2009 \(AC 2009, 995 \)](#) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 27 de marzo de 2009 (AC 1999, 1604).

En definitiva, debe entenderse que concurrió error en el objeto por parte de la concursada a la hora de contratar las permutas de intereses expuestas, siendo nulo el consentimiento prestado (artículo 1265 del [Código Civil \[LEG 1889, 27 \]](#)), faltando por ende, uno de los elementos esenciales del contrato. En virtud de lo dispuesto en los artículos 1261 y 1300 del mencionado texto legal, el contrato en estudio debe declararse nulo.

SAP [REDACTED]

[REDACTED]

1.- El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.

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

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

4.- Entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo [REDACTED]

[REDACTED] adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

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

En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para [REDACTED]

[REDACTED] de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales

previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión.

Juzgado de Primera Instancia 8 de León, Sentencia de 3 de mayo de 2010.

De lo anterior ya puede deducirse que efectivamente el consentimiento de la actora estaba viciado cuando se procedió a su firma, y que dicho vicio tuvo carácter esencial, pues de haber conocido el riesgo que asumía con su firma no lo habría suscrito, dado que aquél supone una apuesta contra el propio banco, en el que éste cuenta con una innegable posición de dominio en el cálculo del riesgo y limita éste a tan solo el 0'2 %.

Resta, pues, de conformidad con los requisitos que debe reunir el vicio del consentimiento para determinar la nulidad del contrato, la excusabilidad del error padecido por la actora, cuestión sobre la que cobra sustancial importancia el incumplimiento por parte de la demandada de las exigencias contenidas en primer lugar en el artículo 79 bis de la Ley 24/88, de 28 de julio de Mercado de Valores, a cuyo tenor las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y

[REDACTED]

[REDACTED] tal que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular, la información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.

(...) En definitiva, la demandada ha incumplido, en su beneficio y en correlativo perjuicio de la actora, los deberes legales de transparencia e información de los riesgos asumidos por esta en el contrato, lo que excusa el error sufrido por la actora, en la medida en que atendida la

notoria intervención del sector bancario y los rigurosos deberes de transparencia a los que viene sometido (y las causas de tal regulación no son en modo alguno ajenas a los fundamentos de la pretensión ejercitada en la demanda) justifican la confianza depositada por la actora en quién asumía frente a ella el rol de asesor financiero, especialmente cuando una simple lectura del contrato y los trípticos no resulta en modo alguno improbable la obtención de una percepción ajena a la asunción de los riesgos que la operatividad de la práctica del producto han revelado.

Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao, Sentencia de 15.03.2010 (sobre la carga de la prueba).

En su defensa - la entidad financiera - se limitó a referir que el contrato se hizo con una sociedad mercantil que operaba en el mercado, que estaba suficientemente informada, y que mientras hubo ganancias no se denunció (obsérvese que estas últimas tampoco se concretan), debiendo recordarse, sobre este extremo, que la prueba de la suficiencia de la información facilitada es algo que se encuentra en el ámbito de la disponibilidad y facilidad probatoria del banco, de conformidad con el artículo 217.6 LEC, debiendo tener por acreditada la versión que al respecto ofrece la reconviniente.

SAP OVIEDO, Sección 5ª, de fecha 27 de enero de 2010 (sobre la información sobre riesgos y abuso de información privilegiada).

Lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el banco NO PUDO DEBERSE AL AZAR sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente.

No se trata de determinar si el cliente sabía o no sabía el riesgo que asumía, la realidad es que los asumía y muy altos, en este sentido resulta escalofriante comprobar que aplicando los términos contractuales el posible beneficio del cliente, que supone un perjuicio para el banco, es con un riesgo de tan solo el 0'1 % y viceversa un riesgo para el cliente del 4'25%. A ello hay que añadir que necesariamente el banco disponía de informes y previsiones razonadas y motivadas, de las que por completo carecía el cliente, de la previsible evolución de los tipos de interés.

(...) La información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se sostienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio,

esto es, que como se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho referencial.

Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar “con conocimiento de causa” si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés.

VIII.- COSTAS.-

Al amparo de lo previsto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas deben ser impuestas a la demandada.

IX.- “IURA NOVIT CURIA”, y cuantos más resulten de pertinente aplicación.-

Por todo,

AL JUZGADO SOLICITO: Que habiendo por presentado este escrito, junto con los documentos y copias que se acompañan, tenga a bien admitirlos y, en sus méritos, tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento de D^a. _____ y por interpuesta **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO** contra **BANCO** _____, **la emplace en su domicilio sito en Avda.** _____ para que comparezca en el presente procedimiento si a su Derecho conviene y, tras los trámites legales pertinentes, dicte en su día Sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, declare la nulidad del siguiente contrato:

≡ “CONTRATO STOCKPYME TIPO FIJO de fecha 25 de junio de 2008 suscrito entre mi poderdante y _____.

Y, en consecuencia, **CONDENE** a la reintegración de prestaciones, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

En Zaragoza, por ser de justicia, a 25 de junio de 2012.

OTROSÍ DIGO PRIMERO: Que a los efectos del artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte manifiesta expresamente su voluntad de cumplir con los requisitos exigidos por la Ley en relación con el presente escrito de demanda.

SUPlico AL JUZGADO: Tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.
Reitero Justicia en lugar y fecha *ut supra* indicados.

Ldo. D. _____

D^a. _____
Procurador de los Tribunales