



Roj: SAP B 8578/2012
Id Cendoj: 08019370172012100247
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 17
Nº de Recurso: 91/2011
Nº de Resolución: 274/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA DEL PILAR LEDESMA IBAÑEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO núm. 91/2011

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 42 BARCELONA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 1980/2009

SENTENCIA núm. 274/2012

Ilmos. Sres.:

Don Paulino Rico Rajo

Doña Maria Pilar Ledesma Ibañez

Doña María Sanahuja Buenaventura

En la ciudad de Barcelona, a veintinueve de mayo de dos mil doce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 1980/2009 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 42 Barcelona, a instancia de TRANSVIRIT, S.L. quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA, quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de TRANSVIRIT, S.L. contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 11 de mayo de 2010 , por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"FALLO: **DESESTIMANDO** la demanda interpuesta por TRANSVIRIT SL contra CAIXA DE CATALUNYA, **absuelvo** a la entidad demandada de los pedimentos contenidos en la demanda.

No se hace especial pronunciamiento en materia de costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de TRANSVIRIT, S.L. y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO .- De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para la celebración de la votación y fallo, que tuvo lugar el pasado dieciséis de mayo de dos mil doce.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a Maria Pilar Ledesma Ibáñez .

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de la entidad mercantil se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha de 11 de mayo de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 42 de los de Barcelona . Dicha resolución desestimaba la demanda interpuesta por la citada mercantil contra la entidad CAJA DE AHORROS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA y por la que la actora se solicitaba se declarase la nulidad del contrato de permuta financiera, denominado "Collar con Barreras", suscrito entre las partes en fecha de 8 de mayo de 2008 y, en consecuencia, se ordenase a la demandada dejar sin efecto el aviso de liquidación 12270, por importe de 49.728,50.-euros y de fecha de liquidación prevista para el próximo día 31 de mayo de 2010.

La demandante basaba su petición de nulidad en la concurrencia de vicio del consentimiento por error en la suscripción de dicho contrato, imputando a la parte demandada que, al tiempo de la contratación, no le proporcionó la información necesaria para conocer de modo adecuado las condiciones del contrato, particularmente, en relación a los riesgos que el mismo entrañaba y a sus condiciones de cancelación.

La sentencia de primer grado sustenta su decisión desestimatoria al considerar que no concurre en el presente supuesto un error que invalide el consentimiento prestado por la actora apelante que determine la nulidad del contrato que invoca.

La demandante interpone recurso de apelación contra dicha sentencia insistiendo en la nulidad del contrato por haber prestado su consentimiento con error; alegando que la demandada ha incumplido la legislación que regula las prácticas bancarias y que la juzgadora de instancia incurre en error al interpretar la normativa aplicable y el contrato, y, en tercer lugar, discrepando de la valoración probatoria que se contiene en la sentencia recurrida.

La apelada solicita la confirmación de la sentencia recurrida mostrando, en síntesis, su conformidad con los argumentos expuestos por la juzgadora de instancia.

SEGUNDO.- Partiendo de los antecedentes expuestos en el fundamento anterior entendemos que resulta conveniente, a efectos de enmarcar la controversia, enunciar las notas básicas que definen el contrato cuya nulidad se pretende por la actora, ahora recurrente.

Dicho contrato se engloba dentro de los llamados contratos de permuta financiera o swap (en su denominación anglosajona), que, en líneas generales, son contratos por los cuales dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras pero de forma que el valor de lo intercambiado depende de un factor externo. En muchos casos, como ocurre en el supuesto de autos, tales intercambios están supeditados a tipos de interés, siendo comúnmente conocidos por las siglas IRS (Interest Rate Swap).

Atendiendo a los elementos esenciales de los IRS y sin perjuicio de las particularidades propias de las distintas modalidades de ellos que existen en el mercado, podemos señalar que se trata de un contrato atípico, bilateral, sinalagmático, aleatorio, de tracto sucesivo y duración determinada, por el que dos sujetos (normalmente, cliente y entidad bancaria o financiera) se comprometen a intercambiar, durante un cierto periodo y al llegar la fecha o fechas de liquidación (se suelen pactar varias), el importe resultante de aplicar unos determinados tipos de interés, que funcionan como factores externos de referencia siendo distintos para cada una de las partes, sobre un importe notional o teórico, llamado así porque no existe en realidad sino que solo sirve como referencia sobre la que calcular dichas cuotas.

Como hemos indicado existen en el mercado diversas modalidades de este tipo de contrato, entre las que destacan los llamados "CAPS", los "FLOORS" y los "COLLARS", siendo, estos últimos, una combinación de los dos anteriores. La dinámica de funcionamiento de estas tres modalidades contractuales aparece minuciosamente expuesta en el fundamento quinto de la resolución recurrida, que debemos dar por reproducido en esta alzada a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Baste señalar que, en el caso de autos, el contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las litigantes era del tipo "Collar" y que el mismo venía vinculado a un contrato de factoring que simultáneamente fue concertado por las mismas; dicho contrato de permuta implicaba que, en el caso de que el tipo de interés variable de referencia subiese de un límite predeterminado, la entidad bancaria demandada abonaría una cantidad al cliente, la actora, y en el supuesto de que el tipo de interés bajase de otro límite, también prefijado, sería el cliente quien tendría que pagar a la entidad bancaria.

TERCERO.- Una vez establecidos los contornos de la figura contractual que nos ocupa, consideramos de interés para la resolución del recurso -en que se denuncia que la juez a quo efectúa una incorrecta interpretación de la normativa aplicable-, y dado que el debate pivota sobre el análisis del comportamiento de la entidad bancaria aquí apelada en orden a determinar si pudo inducir a la actora a error que invalidara su consentimiento, identificar la normativa sectorial que resulta de aplicación a fin de establecer cuáles son las pautas de conducta que deben exigirse, en general- y por tanto también a la apelada- a las entidades a la hora de comercializar las permutas financieras de tipos de interés.

Teniendo presente que el contrato cuya nulidad se pretende fue celebrado el día 8 de mayo de 2008, resulta de aplicación la Ley del Mercado de Valores (LMV), en su redacción reformada operada por la Ley 47/2007, que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007 y que venía a trasponer las Directivas Comunitarias sobre la materia, en particular la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID); concretamente el art. 2 de la LMV incluye las permutas financieras dentro del ámbito de aplicación de dicho texto legal. También es de aplicación la normativa reglamentaria dictada en desarrollo de la anterior que viene constituida por el RD 217/2008 que entró en vigor el 17 de febrero de 2008. En este mismo sentido se pronuncian sentencias de esta misma Audiencia Provincial (Sección 15ª) de 26 de enero y 22 de marzo de 2012 .

La aplicación de dicha normativa comporta dos consecuencias jurídicas fundamentales que resultan relevantes en el presente caso.

La primera de ellas es que permite calificar la permuta financiera como contrato "complejo" desde un punto de vista legal, es decir, no sólo como consideración doctrinal o judicial. De todos modos, dicha complejidad venía siendo mayoritariamente apreciada por las resoluciones judiciales; estas vienen considerando que en dicho tipo de contratos existen elementos contractuales (tanto relativos a su funcionamiento como también al coste de su cancelación anticipada) que no resultan nada evidentes y que determinan que sólo puedan ser bien comprendidos y asumidos por quienes tengan amplios conocimientos financieros; o, por decirlo en términos de la SAP de León de 5 de marzo de 2012 , "cuyo comportamiento y riesgos solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero, o en su caso, previa las oportunas y comprensibles explicaciones, y después de hacerse por parte del banco las comprobaciones de que el cliente reúne las condiciones de idoneidad que se requieren normativamente para la contratación de dichos productos". (En parecidos términos, vgr, SAP de Salamanca de 2 de marzo de 2012 , de Zaragoza de 19 de marzo de 2012 , entre muchas otras).

Como decíamos, esa complejidad ha venido a ser expresamente refrendada en la LMV cuyo art. 79 bis.8.a) permite incluir las permutas financieras dentro de los instrumentos financieros "complejos" por contraposición a otros a los que califica de "no complejos".

La segunda consecuencia jurídica de la aplicación de las citadas normas a este tipo de contratos determina la exigibilidad a quien los ofrece en el mercado de las especiales obligaciones informativas que se prevén en tales textos legales y que, en líneas generales, tienden a imponer a las entidades que ofrecen estos productos financieros una conducta informativa que permita asegurar que el cliente adopta sus decisiones con pleno conocimiento de causa.

Así, el art. 79 bis de la LMV indica literalmente que:

" 1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera 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. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado ."

Estas exigencias, tanto de necesidad de información al cliente, como de valoración de sus conocimientos en materia de productos financieros complejos así como de idoneidad para contratarlos, han sido reglamentariamente desarrolladas por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. El artículo 64 de esta norma , en su parte relevante, indica que:

" 1. 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 del 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 tomar decisiones de inversión fundadas.

2. En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a. Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b. La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c. La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d. Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos ."

Las anteriores normas determinan, además, que corresponda a la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información que exigen dichos preceptos, es decir, como señala la SAP de Zaragoza de 19 de marzo de 2012 , la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde "a

quien se ampara en la realidad de dicha información" (Vid. también SAP Asturias 21 de noviembre de 2011 o de Burgos de 7 de marzo de 2012).

Por último debemos señalar, por lo que se refiere a la normativa aplicable, y contestando a la alegación previa del recurso de apelación formulado por la representación de TRANVIRIT,S.L., que, pese a compartir la postura de la apelada recogida en el fundamento tercero de la resolución recurrida en el sentido de negar que dicha mercantil ostente frente a la demandada la condición de consumidora (por aplicación de lo dispuesto en el art. 2 de la LGDCU), ello no impide que sí sea de aplicación la normativa sectorial antes reseñada, que tiende, como hemos dicho, a proteger especialmente el derecho de información de los clientes contratantes, cuando, como entendemos concurre en este caso, se trata de comerciantes minoristas que no pueden considerarse expertos en el sector financiero.

CUARTO.- Sentado lo anterior, debemos entrar a examinar si concurre o no el error en el consentimiento que es el motivo sobre el que la actora recurrente hace descansar su pretensión de nulidad. Así, en el recurso se alega que la sentencia de primer grado, además de vulnerar las reglas de la carga de la prueba que se infieren de la aplicación de la normativa sectorial indicada, incurre en una errónea valoración de la prueba practicada al no haber tenido en cuenta circunstancias determinantes para considerar que efectivamente es nulo en consentimiento prestado por TRANVIRIT al contrato de permuta financiera.

En este sentido, debe señalarse, en primer término, que el error, como vicio del consentimiento , como resulta de lo previsto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil (CC), puede ser definido como un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida.

Ahora bien, para que el mismo determine la ineficacia contractual no basta simplemente con que concurra dicha falsa representación o conocimiento de la realidad. El Tribunal Supremo (TS) en doctrina jurisprudencial consolidada exige, para apreciar la concurrencia de error como vicio invalidante del consentimiento contractual, que exista por parte del contratante que lo alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento; así, conforme resulta de dicha doctrina jurisprudencial, para que el error invalide el contrato es indispensable:

1.- Que se trate de un error esencial, esto es, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.

2.- Que sea excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido, pudiendo decirse que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media regular, apreciándose ésta valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, pues la función básica de este 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.

derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.

3.- Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado y

4.-Que el error se haya producido en el momento de formación y emisión de la voluntad, es decir, en el momento de la celebración del contrato. ha de ser excusable, además de esencial, razonando que este requisito no lo menciona el C.C expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, (ex. art. 7 del propio CC).

Pues bien, habiéndose revisado en esta alzada el material probatorio obrante en autos- que se pormenorizará seguidamente- este Tribunal no coincide con los razonamientos y la valoración probatoria que efectúa la juzgadora de instancia, estimando, por el contrario que, tal y como pretende la actora recurrente, procede declarar la nulidad del contrato de permuta financiera, denominado "Collar con Barreras", suscrito entre las partes en fecha de 8 de mayo de 2008; ello tanto en aplicación de la normativa general contenida en el CC acerca del error vicio invalidante del consentimiento negocial, como al amparo de la normativa sectorial específica, antes reseñada, que estimamos incumplida por la mercantil apelada en lo que respecta a sus deberes de información correcta, completa, previa y comprensible a prestar a su cliente, la actora apelante.

Ante todo, cabe indicar que no hay discrepancia entre las partes, y además resulta del examen de la documentación acompañada, en que la mercantil TRANVIRIT,SL, demandante y ahora apelante, y la entidad CAJA DE AHORROS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA, demandada y ahora apelada,

suscribieron el día 8 de mayo de 2008 un contrato de permuta financiera (de la modalidad Collar sin Barreras), que quedó documentado en el contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y en la orden en firme de contratación de Collar con Barreras, ambos de la fecha señalada, que se acompañan como docs. 1 y 2 de la contestación. Dicho contrato fue ratificado por el documento denominado de "confirmación Collar con Barreras y compensación" suscrito por la actora al día siguiente, es decir, el 9 de mayo de 2008 (doc.nº 3 de la contestación).

En primer lugar, debemos indicar que, a diferencia de lo que afirma la juzgadora de primer grado (quien pese a apreciar la complejidad del contrato y su formulación "engorrosa", afirma que la mecánica es sencilla y está razonablemente especificada en la documentación suscrita), a criterio de esta Sala, dichos documentos no expresan de forma clara y fácilmente comprensible las condiciones esenciales y los efectos ordinarios que para cada contratante se derivan del contrato y, mucho menos, las condiciones a las que se sujetaba una posible cancelación anticipada del mismo. Antes al contrario, consideramos que la redacción de los contratos firmados es farragosa, con múltiples alusiones a términos financieros específicos y a fórmulas y tablas, cuyas consecuencias económicas no son deducibles de su simple lectura, sin que aparezcan detallados elementos tan esenciales como los costes derivados de una eventual cancelación anticipada del contrato.

En este sentido, resulta especialmente significativo, por una parte, que, dentro del CMOF, que es un documento unilateralmente redactado por la entidad bancaria, (acompañado como doc. nº 1 junto al escrito de contestación), su anexo II titulado "Definiciones para la interpretación de las confirmaciones de operaciones documentadas al amparo del contrato marco de operaciones financieras", esto es, aquellas que, teóricamente (pues su comprensión dista mucho de ser fácil) deberían servir para comprender los factores que pudieran afectar a la cobertura del producto, no aparece firmado por la entidad TRANSVIRIT,SL. En este mismo orden de cosas, resulta también significativo que el testigo Sr. Martin, actual director de la sucursal bancaria de la apelada con la que opera la actora- quien no intervino en la contratación del contrato que nos ocupa-, manifestó, al ser interrogado y a preguntas de la Letrado de la actora, que con la mera lectura de los documentos del contrato él no podía calcular las condiciones de una eventual cancelación anticipada del mismo sino que había de acudir al departamento financiero de su empresa.

Todos estos datos nos llevan a concluir que se trataba sin duda de un contrato complejo, para cuya comprensión no bastaba con la literalidad de los documentos en que se plasmó, dificultad de comprensión que por tanto no era posible salvar a partir de la mera lectura de dichos contratos, a excepción de que el cliente fuera un experto en productos financieros complejos, lo que, según hemos indicado, no nos consta acreditado en el supuesto de autos.

Así las cosas, estimamos que esa complejidad inherente a los contratos suscritos sólo podía ser superada si la entidad bancaria oferente del producto hubiese proporcionado cumplidamente la información necesaria en los términos antes consignados que le impone la normativa sectorial reseñada, debiendo insistirse, además, en que la carga de probar que dicha información fue suministrada en esas condiciones, corresponde a la entidad bancaria, tanto por tener legalmente atribuido dicho deber de información, como por aplicación del principio de facilidad probatoria.

Desde esta perspectiva, cabe señalar también que la sentencia de instancia considera acreditado que, antes de la suscripción de los indicados documentos contractuales, existieron entre las partes negociaciones previas y que, en el transcurso de las mismas, la demandada apelada informó cumplidamente a su cliente, la recurrente, no sólo de las condiciones del contrato que finalmente se concertó (el Collar sin Barreras), sino de otros posibles instrumentos financiero dirigidos a intentar evitar las consecuencias de las alteraciones de los tipos de interés que podían afectar al contrato de factoring que también concertó. Nuevamente debemos discrepar de dicha valoración. Ello porque no hay un solo documento o elemento objetivo de prueba en las actuaciones que refleje la existencia de esas negociaciones previas, de las ofertas alternativas o en el que se plasme cuál fue la información facilitada. La realidad de estas negociaciones sólo es afirmada por el legal representante de la actora, Sr. Roque, en prueba de interrogatorio. Estimamos que, dada su condición de parte, dicha declaración no resulta en absoluto adecuada ni suficiente como para tener por justificado, como se razona en la resolución recurrida, que efectivamente se proporcionara la información indicada. Es más, Don. Roque lo que si reconoce es que fue su entidad quien, tras una información recibida de un tercer cliente del que era proveedor la actora, se interesó por captar a TRANSVIRIT ofreciéndole los productos de su entidad, tanto el factoring como el IRS, e incluso otros productos bancarios no complejos, con clara intención de fidelizar a la demandante como cliente. Por lo tanto la iniciativa de la contratación la tuvo la entidad bancaria y no a la inversa, circunstancia que, a nuestro juicio, eleva el rigor exigible a la demandada en orden a acreditar que proporcionó al cliente la información adecuada a sus necesidades.

De hecho, no conocemos, puesto que no fue propuesta la prueba de interrogatorio de la actora, cuáles eran los intereses contractuales que podía tener TRANSVIRIT para la concertación de una permuta financiera como la que nos ocupa, pero, aceptando, siquiera dialécticamente, que su interés fuera el que señaló Don. Roque, esto es: buscar fórmulas para protegerse frente a las alteraciones de los tipos de interés del factoring que se contrataba a interés variable, estimamos que para conjurar dicho riesgo hubiera bastado con haber sometido dicho contrato a una modalidad fija de interés.

Por otra parte en la sentencia se afirma que no fue posible realizar a la actora el llamado test de conveniencia para establecer, como requiere la repetida normativa sectorial, la idoneidad de dicha mercantil como contratante de productos financieros complejos y, en particular, del concertado. Nuevamente la juzgadora se apoya en las afirmaciones del legal representante de la entidad demandada para tener por justificada la imposibilidad de realizar dicho test. En puridad, lo que mantuvo la apelada es que la actora renunció al mismo por disponer de asesoramiento financiero externo. Si atendemos a los datos objetivos, lo que se observa es que la entidad bancaria incorpora al documento nº 2 acompañado a su contestación- que es la orden en firme de contratación- un ejemplar del resultado del test de conveniencia (vid. folio 140 de las actuaciones) y en el mismo aparece marcado con una señal una casilla relativa a la siguiente mención "no desitjo fer el test de conveniència", pero dicho documento no aparece suscrito por TRANSVIRIT, S.L., con lo que no puede darse por válida ni por probada la renuncia a efectuar dicho test.

Se indica también en la sentencia que, en el documento de confirmación de la operación firmado el día 9 d mayo de 2008, se contiene una declaración de riesgos en que las partes declaran ser totalmente conscientes del riesgo de volatilidad inherente a la celebración del contrato cuyo valor de mercado puede variar rápidamente como consecuencia de variaciones en los tipos de interés. Con respecto a este punto, compartimos la doctrina, muy extendida en el ámbito de las resoluciones dictadas por las diversas Audiencias Provinciales en esta materia, que entiende que las obligaciones de información sobre los riesgos del producto exigibles a la entidad bancaria oferente del mismo no se consideran correctamente cumplimentados con una referencia genérica como la expresada. De hecho, muchas resoluciones entienden que las obligaciones informativas a las que está sujeta la entidad oferente le obligan a proporcionar al cliente una simulación o proyección de los tipos de interés con diversos escenarios posibles, particularmente, contemplando la posibilidad de un escenario contrario a los intereses del cliente, esto es, con bajadas de interés (vgr. SSAAPP de Burgos de 27 de enero de 2012, de León de 13 de diciembre de 2011, de Lugo de 18 de octubre de 2011, de Baleares de 22 de julio de 2011 o de Badajoz de 17 de mayo de 2011, entre otras), lo que desde luego no tuvo lugar en este caso, o, incluso, hay resoluciones que, entre las obligaciones de la entidad, reclaman la necesidad de que la misma comparta con el cliente las informaciones que conozca acerca de las razonables previsiones de la evolución del Euríbor a corto y medio plazo (vgr. SAP Girona de 16 de enero de 2012).

Por último la sentencia de primer grado invoca también la teoría de los actos propios (ex. art. 111.8 del Código Civil de Catalunya y art. 7 del CC) cuando argumenta, en síntesis, que la actora no puso objeciones al contrato mientras la liquidación le favoreció y que sólo postuló su ineficacia al recibir una notificación de una próxima liquidación que le obligaba a pagar.

Tampoco podemos suscribir esta consideración. Primero porque, como reconoció al ser interrogado el propio legal representante de la demandada, Don. Roque, fueron temporalmente coincidentes (el 29 de mayo de 2009) el abono a TRANSVIRIT de una primera liquidación que le resultaba favorable, por importe de 2.472,17.-euros, y la notificación de que la siguiente liquidación, que debía ser abonada al cabo de un año, le obligaba a abonar la suma de 49.728,50.-euros, con lo que no media tiempo en que la conducta de la actora pueda reputarse concluyente e inequívoca a efectos de vincularla a propios actos. Por otra parte, muchas resoluciones judiciales estiman, en criterio que compartimos al menos en lo que al supuesto de autos se refiere, que el hecho de que el cliente reaccione al conocer la liquidación que le perjudica solo pone de manifiesto que fue entonces cuando conoció su error, así como el coste que le suponía la cancelación anticipada del contrato de permuta. En este caso el coste de la cancelación era tan elevado que dicha operación fue desaconsejada por el actual director de la sucursal bancaria, Don. Martin

Pero es que, además, estimamos que resulta de aplicación el criterio jurisprudencial, recogido, por ejemplo, en las SSTS de 16 de septiembre de 2004 o de 28 de septiembre de 2009, que rechaza la pertinencia de aplicar la doctrina de los propios actos a los supuestos de " *error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia* " ya que " *el conocimiento viciado es notoriamente incompatible con la exigida intención manifiesta* " que requiere dicha doctrina.

Consecuentemente con lo expuesto, al no haberse acreditado que se haya proporcionado por la entidad demandada, aquí apelada, la información adecuada sobre el contrato que se suscribía, no se puede considerar

que la representante legal de la entidad demandante fuera consciente de lo que contrataba, provocando dicho déficit de información un error excusable en el cliente, que recaía sobre elementos sustanciales del contrato, lo que determina la nulidad del mismo por error en el consentimiento. Ello conduce a la revocación de la resolución recurrida, debiendo estimarse el recurso de apelación interpuesto.

Debe precisarse que la declaración de nulidad conlleva, como efectos inherentes, la devolución de las prestaciones y la ineficacia de lo actuado al amparo del contrato que se declara nulo, y así se recogerá en el fallo de la presente resolución sin que sea preciso ajustarnos a la literalidad del suplico de la demanda inicial cuya redacción ha quedado superada por el transcurso del tiempo, pues solicita, como efecto de la nulidad, que se impida un pago, que al interponerse la demanda debía tener lugar en el futuro, y que en la actualidad ya ha vencido.

QUINTO.- Dada la estimación del recurso no ha lugar a hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada de conformidad con lo establecido en los artículos 398.2º de la LEC .

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad TRANSVIRIT,S.L. contra la sentencia dictada en fecha de 11 de mayo de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia número 42 de los de Barcelona en autos de procedimiento ordinario número 1.980/2009 de los que el presente rollo dimana, debemos REVOCAR dicha sentencia y, en su lugar, ACORDAMOS que ESTIMANDO la demanda inicial de estas actuaciones interpuesta por la representación procesal TRANSVIRIT,SL. contra CAJA DE AHORROS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS LA NULIDAD del contrato de permuta financiera de tipos de interés denominado "Collar con Barreras" que las partes perfeccionaron en fecha de 8 de mayo de 2008 con obligación de restitución de lo recibido por uno y otro contratante, con los intereses legales correspondientes, y dejando sin efecto todos los actos derivados de dicho contrato durante su vigencia. Todo ello con expresa condena a la parte demandada, CAJA DE AHORROS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA, al pago de las costas procesales causadas en primera instancia y sin efectuar especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.