

Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Soria
Sección: 1
Nº de Recurso: 143/2012
Nº de Resolución: 131/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE LUIS RODRIGUEZ GRECIANO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA: 00131/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA ROLLO APELACION CIVIL: RECURSO DE APELACION (LECN) nº 143/2012 Juzgado procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION nº 2 de Soria Procedimiento de origen: P. Ordinario Nº 13/2011

SENTENCIA CIVIL Nº 131/2012

Ilmos. Sres. PRESIDENTE: RAFAEL MARÍA CARNICERO GIMENEZ DE AZCARATE MAGISTRADOS: JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ GRECIANO MARÍA BELÉN PÉREZ FLECHA DÍAZ. En Soria, a ocho de noviembre de dos mil doce. Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los Autos de P. Ordinario Nº 13/2011, contra la sentencia dictada por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION Nº 2 de Soria, siendo partes:

Como apelante y demandado BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S.A. representado por la Procuradora Sra. NIEVES GONZALEZ LORENZO, y asistido por el Letrado Sr. Daniel Saez Castro; como apelante y demandado CAJA RURAL DE SORIA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO, representado por la Procuradora Sra. NIEVES GONZALEZ LORENZO y asistido por la Letrado Sra. AINHOA RODRIGUEZ DEL VALLE.

Y como apelados y demandantes María Cristina , Eulalia , Sacramento , Lucas , Coro , Jose Manuel , Palmira , Aureliano , Benita , Franco , Octavio , Martina , Luis Pedro , Celestino , Asunción , Isaac , Isaac , Macarena , Sebastián , representados por el Procurador Sr. ISMAEL PEREZ MARCO y asistidos por la Letrado Sra. ASUNCION ISLA LAFUENTE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .-En fecha de 28 de septiembre del 2010 se presentó demanda en el Juzgado de Primera Instancia Decano de los de Soria, por parte del Procurador Sr. Pérez Marco, en nombre y representación de Dª María Cristina y otros, reclamando en juicio ordinario la correspondiente acción de nulidad de los contratos de confirmación de cobertura suscritos por los mismos contra Banco Cooperativo Español SA y Caja Rural de Soria, que fue turnado al Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de esta ciudad, el cual dictó resolución en fecha de 3 de febrero del 2011 en el que se emplazaba a la parte demandada. Al mismo tiempo, en fecha distinta se presentó demanda por parte del Procurador Sr. Pérez Marco, en nombre y representación de Dª Felicidad y otra, reclamando la nulidad de los contratos denominados de confirmación de cobertura, y devolución de las cantidades abonadas que dio lugar a resolución de 11 de febrero del 2011 admitiendo a trámite

la demanda y emplazando a la parte demandada. Dictándose auto en el citado Juzgado de Primera Instancia 2 de los de esta ciudad, en fecha de 16 de mayo del 2011 , en el que se denegaba la acumulación del procedimiento seguido por parte de D^a María Cristina y otros, del seguido por parte de D^a Felicidad y otros.

SEGUNDO .-Posteriormente, emplazada la parte demandada, se procedió a contestar a la demanda en fecha de 14 de marzo del 2011, por parte de la Procuradora Sra. Nieves González Lorenzo, en nombre y representación de la Caja Rural de Soria, Y en fecha de 5 de abril del 2011 contestó a dicha demanda el Banco Cooperativo Español SA.

TERCERO .-En fecha de 17 de mayo del 2011, se dictó resolución en dicho órgano judicial en el que se convocaba a las partes a la correspondiente audiencia previa para el día 26 de octubre del 2011.

CUARTO .-Los días 4, 5 y 6 de junio del 2012, tuvo lugar el acto de juicio y celebrado éste quedaron los autos vistos para sentencia después de practicarse los medios de prueba aplicables al caso.

QUINTO .-En fecha de 31 de julio del 2012, se dictó sentencia en el citado Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de esta ciudad , en cuya parte dispositiva se contenía el siguiente fallo: "estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de D^a María Cristina y otras, contra Banco Cooperativo Español SA y Caja Rural de Soria SCC, y en su consecuencia, declaro la nulidad de los contratos de confirmación de operación de cobertura firmados por éstos con Banco Cooperativo Español SA comercializados por Caja Rural de Soria SCC, siendo, por tanto, nulas todas las liquidaciones económicas practicadas y que se practiquen en virtud de dichos contratos, con obligación de restitución de las cantidades recíprocamente percibidas, en su caso, o que se perciban en el futuro y abono de los intereses legales devengados desde que los cargos se hicieron en cuenta. Condeno en costas a las partes codemandadas por lo que habrán frente a los de la parte actora por mitad".

SEXTO .-En fecha de 1 de octubre del 2012 se presentó escrito de recurso de Apelación por la parte codemandada que dio lugar a la correspondiente oposición por la parte actora, siendo enviada esta causa a esta Sala para el conocimiento del correspondiente recurso de Apelación en fecha de 5 de noviembre del 2012, quedando los autos vistos para resolución, tras haberse procedido a designar Magistrado Ponente y demás componente de esta Sala, y fijar el día correspondiente de deliberación, votación y fallo. Quedando los autos vistos para resolución. Y habiéndose observado, en la tramitación de este recurso, las prescripciones legales oportunas.

Ha sido designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ GRECIA NO , quien expresa el parecer de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-Por la representación procesal de los codemandados se interpuso recurso de Apelación citando, en primer lugar, la existencia de una infracción procesal por indebida acumulación de acciones. Entiende que cada acción comporta una relación jurídica individualizada

Sostiene la parte recurrente que en el presente caso nos encontramos con 18 demandantes, que ejercitan a su vez 11 acciones de nulidad contractual, sobre 11 contratos de cobertura de tipos de interés. Fundándose todas ellas en el supuesto vicio de consentimiento que habrían sufrido los

actores. Estableciendo, además, que no fueron comercializados por el mismo empleado, no estamos ante un mismo tipo de contrato, pues en la mayoría si contrataron una cobertura en la aplicación, mientras que otros, en cambio suscribieron un IRS a medida. Y que los contratos fueron suscritos en distintas fechas, con unas determinadas condiciones individualizadas relativas al nominal de Roberta, el tipo de interés, la fecha de contratación o la duración del contrato. Y siendo, además, distintas las condiciones subjetivas de cada cliente.

Es decir, para la propia parte recurrente los demandantes basan su reclamación en una misma causa de pedir. Vicio de consentimiento a la hora de concertar los contratos suscritos con las mismas partes codemandadas. Siendo el objeto del procedimiento idéntico en lo sustancial, pues tratándose de distintos contratos todos ellos eran similares y del mismo tipo, de los denominados "contratos de cobertura de tipos de interés". Existiendo diferencias entre los distintos demandantes de tipo no sustancial, como son que los contratos fueron suscritos en distintas fechas, aún próximas entre sí, y que el comercial que atendió a cada uno de los demandantes, que aún pudiendo ser distinto, en realidad, eran todos ellos trabajadores de las entidades codemandadas que seguían instrucciones de la empresa.

Se cita por la parte recurrente la resolución de la Sección 21 bis de la AP de Madrid de fecha de 31 de mayo del 2012. Es necesario destacar en dicho asunto cuál era el fallo de la sentencia de primera Instancia, donde se mencionaba que "estimando la demanda debo condenar a Bankinter a que abone a aquellos clientes hoy actores, cualquiera que sea la naturaleza y clase, adquirentes de productos de banco Islandeses, el precio de su adquisición al momento inicial de la compra, aminorando en el importe de la rentabilidad que se les hubiera satisfecho a los mismos. Debiendo condenar y condenando a Bankinter, a que abone a aquellos clientes hoy actores, adquirentes de productos del grupo Lehman el precio de sus instrumentos tenía al tiempo de la insolvencia del grupo Lehman".

Es decir, nos encontramos con una clara indeterminación en el fallo de la sentencia de la cual se deriva, sin género alguno de dudas, que los actores habían suscrito, no un mismo tipo de producto emitido por el banco condenado, sino más de uno, por un lado de productos de bancos islandeses y otros pertenecientes al grupo Lehman. Tratándose de productos, no similares, como en el caso de autos, sino diferenciados. Añadiendo que mientras que el lo referente a los productos de bancos islandeses se les debería abonar el importe de la rentabilidad que se les hubiera satisfecho a los mismos, en cambio, los productos del grupo Lehman, se les debería abonar la cantidad correspondiente al tiempo de la insolvencia del grupo Lehman. Tanta indeterminación incluso generó un auto de aclaración del órgano judicial de Instancia, donde se mencionaba que se refiere al precio que sus instrumentos tenían al tiempo de la insolvencia del grupo Lehman, producida entre los días 18 y 28 de septiembre del 2008, precio fijado en atención a la naturaleza y características de los productos, de la anualidad en que se hallaren y demás circunstancias que deban ser tenidas en cuenta conforme a cada título concreto.

Ello implica que incluso cuando se trataba de productos del grupo Lehman, eran de naturaleza distinta, las características de los productos eran distintas, es decir, no eran similares, variando la cantidad a abonar dependiendo de la anualidad en que se hallaran y demás circunstancias que hubieran de ser tenidas en cuenta. En definitiva, una completa indeterminación que tenía su origen en que las demandas acumuladas, aún teniendo como destinatario demandado una misma entidad

bancaria, eran claramente diferenciadas entre sí, los productos contratados eran distintos, la naturaleza de los mismos eran distintas, y evidentemente, las circunstancias personales de los contratantes eran varias.

La resolución de la AP de Madrid es clara, no procedía la acumulación de acciones por las siguientes razones:

- a). Los actores eran tanto entidades mercantiles como inversores minoristas, unos con experiencia en la compra de productos similares y otros no.
- b). Los productos contratados por los demandantes son diferentes. Y dentro de los adquiridos a bancos islandeses o al grupo Lehman, los instrumentos contratados son distintos, bonos bancos europeos, bonos senior Lehman, cupón Eurostock, preferentes Lansbanki.
- c). La forma de contratar fue distinta en cada caso. A unos inversores se les entregó una ficha comercial, a otros no, unos contrataron telefónicamente, otros lo verificaron por escrito, unos no recibieron información previa y otros folletos publicitarios.
- d). Con unos clientes se aduce que incumplió la entidad demandada la obligación de una adecuada diversificación de las inversiones y en otros no.
- e). La parte actora aduce que en unos casos existe, por parte de la entidad demandada, incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento, en otros, incumplimiento de los deberes de diligencia, lealtad y transparencia, bien como prestador de servicios de inversión, o en el seguimiento de la inversión, o información permanente o en la obligación de facilitación de información determinante.

En definitiva, tal como viene sosteniendo la resolución de la AP de Madrid, cada uno de los demandantes tiene una experiencia inversora diferente, invierte en productos diversos, cada contrato se produce de forma desigual, el tipo de producto adquirido es diverso, es diferente también por lo que preguntó el inversor, y lo que se le aclaró. Es decir, no tiene nada que ver las acciones acumuladas en un mismo procedimiento. Lo que determinó la resolución del órgano colegiado indicando que no procedía la acumulación de acciones y que la efectuada por el órgano judicial había sido indebida.

No ocurre lo mismo en el caso de autos, donde las diferencias entre los demandantes y el tipo de producto contratado son no sustanciales. Siendo similares las formas de contratación, el tipo de producto adquirido, la secuencia temporal de su adquisición, el perfil de los contratantes e incluso el tipo de información que se les suministró.

El artículo 72 de la LEC, señala que para que sea posible una acumulación subjetiva de acciones es preciso que entre dichas acciones exista un nexo -que no igualdad- por razón del título o de la causa de pedir, entendiéndose que el título o causa de pedir es idéntico cuando las acciones se funden en los mismos hechos. No exigiéndose que sea idéntico en la normativa procesal, sino que las acciones sean similares. De ahí la expresión "nexo". En nuestro caso, a diferencia del contemplado por el órgano colegiado de Madrid, sí existe sustrato común, por lo que procederá la conveniencia del enjuiciamiento conjunto precisamente para salvar la eventualidad de resoluciones contradictorias.

En sentido expresado se ha argumentado por la misma AP de Madrid en sentencia de 8 de abril del 2008, sección 10 , donde indica que el fundamento del litisconsorcio voluntario, no es otro que el de la acumulación, consistiendo en facilitar el tratamiento conjunto de problemas de carácter semejante. Para saber cuáles son los presupuestos y efectos del litisconsorcio voluntario necesariamente hemos de remitirnos al contenido del artículo 72 de la LEC , relativo a la regulación legal de la acumulación subjetiva de acciones. Luego, siendo tanto el litisconsorcio voluntario como la acumulación subjetiva de acciones dos formas de una misma manifestación, es lógico que el legislador exija como condición o presupuesto para que las partes comparezcan en el proceso unidad, tanto en el artículo 12.1 como en el artículo 72 de la LEC , que las acciones provengan de un mismo título o causa de pedir. Más concretamente el artículo 72 preceptúa que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga con varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. En ese artículo además se aclara el significado del título o causa de pedir al disponer que el título o causa de pedir es idéntico -o conexo- como permite el precepto procesal cuando las acciones se funden en los mismos hechos. Entendiendo que título se ha de asimilar a fundamento jurídico o causa de pedir. Sin embargo, aun cuando designan una misma realidad, esto es, el fundamento o la razón de pedir en sentido propio, ciertamente no son términos equivalentes. De esta forma, cabe precisar que aún cuando en ambos casos retrata del fundamento de hecho de las pretensiones, el título hace referencia más específicamente al contrato donde se documenta un negocio jurídico, mientras que la causa de pedir hace referencia, en general, a los hechos constitutivos contemplados por una norma jurídica y en los que la partes fijan sus respectivas pretensiones. En definitiva, aún cuando son términos o conceptos diferentes, ambos designan una misma realidad, los dos nos sirven para poder acumular acciones en un mismo proceso.

La jurisprudencia ha venido entendiendo como título el fundamento jurídico y causa de pedir el hecho o conjunto de hechos que tienen idoneidad para producir efectos jurídicos, como también, en general, la jurisprudencia considera causa de pedir como el acaecimiento de cuya existencia o inexistencia pretende el actor deducir consecuencias jurídicas determinantes de su petición.

Aludiéndose que lo esencial para permitir el litisconsorcio voluntario o acumulación subjetiva de acciones son los hechos y no su fundamentación jurídica. En definitiva, el legislador pretende zanjar la cuestión de la identificación de la causa de pedir al reconducirla a los hechos, con lo que parece seguir la teoría de la sustanciación, conforme a la cual el fundamento jurídico no es un elemento determinante de la causa de pedir a efectos de delimitación del objeto del proceso. Sin embargo, no debemos olvidar que el artículo 400.2 de la LEC , señala que de "conformidad con lo expuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia, los hechos y fundamentos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en éste". Por lo que la interpretación del artículo 72 de la LEC debe hacerse en relación con el artículo 400.2 de la LEC .

Al apreciarse esta acumulación subjetiva de acciones a los términos de conexidad, se establece esa posibilidad de acumulación cuando el título o causa de pedir, no se idéntica, pero sí homogénea o semejante. En ese sentido, la identidad exigiría una igualdad entre todos los elementos que conforman la cosa, mientras que la conexión exige solo coincidencia o igualdad de alguno(s) de sus elementos. Esto ocurrirá, cuando las diversas acciones se funden en una misma clase de hechos, como ocurre en el caso de autos, aún cuando los concretos hechos históricos que sustentan cada

pretensión sean diferentes. En el caso de autos, los contratos suscritos por cada actor son distintos, aún íntimamente interrelacionados entre sí. Lo que reclaman de cada uno de los contratos los actores es una pretensión idéntica, la anulación de los contratos por vicio de consentimiento a la hora de suscribirlos. Y aún, cuando exista una secuencia temporal en su suscripción diferente, es decir, no se firmaron todos el mismo día, aún cuando sí en fechas próximas. Y cuando que la información dada no sea efectuada por un mismo comercial, y sí por varios, es claro que el concreto suceso del que se deriva el concreto perjuicio experimentado es similar. Los contratos suscritos y la forma de concertarse guardan una estrecha similitud. Los hechos son homogéneos, razón por la cual, en la práctica se circunscriben a una unidad de términos.

La finalidad esencial de este litisconsorcio voluntario o acumulación subjetiva de acciones es la de lograr la economía procesal mediante la discusión de los distintos asuntos en un único pronunciamiento y en una sola sentencia. Sería antieconómico para un demandante que quiera plantear distintas pretensiones contra una misma persona que entablara una pluralidad de demandas, y del mismo modo, cuando varios actores que fundan su reclamación en unos hechos homogéneos, contra una misma entidad, plantearan demandas distintas, lo que provocaría un incremento notable de los gastos procesales, incluso para la propia entidad ahora recurrente en el caso de ser condenada en costas en las diversas demandas individuales entabladas. Es de hacer notar, que aún cuando en el caso de autos, existe una única sentencia, contiene tantos pronunciamientos separados cuantos sean los objetos procesales, ya que se trata de pretensiones distintas, suscitadas por distintos actores contra una misma entidad. Es decir, es perfectamente posible que la pretensión de uno de los codemandantes sea estimada y otra no, sin que este pronunciamiento resultara incongruente con el contenido general de la sentencia. Dando lugar a una estimación parcial de la demanda. En este sentido, aún englobadas en un mismo proceso, la actuación de las partes es independiente, por lo que, de los actos realizados por una parte no derivan perjuicio o beneficio alguno para las otras. Cada parte es autónoma en la conducción procesal de su pretensión sin que el hecho que hayan resultado asistidas por un mismo letrado o procurador conlleve que necesariamente la sentencia tenga que ser estimatoria para todos ellos. Lo que permite que incluso en este procedimiento único, sea posible examinar las posibles diferencias que hayan existido en cuanto al contrato concreto suscrito, en cuanto a las formas de información que hayan recibido. En cuanto a sus cualidades personales como contratista. Y en cuanto a las circunstancias de fecha o duración de sus respectivos contratos. De tal modo que los actos posibles de disposición del proceso que hubieran podido existir, solo afectarían a la parte que los hubiera llevado a cabo, no pudiendo extenderse a quienes fueran otros cotitulares distintos. Por lo que la suerte que puede correr cada acción o cada litisconsorte voluntario es independiente del de los demás, por lo que a cada uno de ellos perjudicará o beneficiará el cumplimiento o incumplimiento de las cargas procesales o la prueba o falta de prueba de sus respectivas pretensiones. De tal manera que en modo alguno al ser sustanciadas sus pretensiones en un único proceso, puede alegarse por la parte demandada indefensión de tipo alguno.

Y sin que a esta argumentación sea óbice el que la Juez a quo hubiera decidido no acumular otras pretensiones, en concreto del procedimiento ordinario 14/2011.

Por lo que el primero de los motivos de Apelación ha de ser desestimado. No ha habido una indebida acumulación de acciones, advirtiéndose expresamente que el contenido de esta resolución sigue el criterio mantenido por el de la AP de Madrid, sección 21 bis, antes indicado. Si bien en dicho

supuesto no existía posibilidad de acumulación subjetiva, al tratarse de pretensiones no homogéneas. Mientras que aquí sí que procede, al tratarse de pretensiones similares y homogéneas.

SEGUNDO .-Como segundo motivo de Apelación se aduce la presencia de una errónea valoración de la prueba. Basándose, en primer lugar, en el hecho de dotar de credibilidad a la versión de los demandantes en la generalidad de la colectivización del vicio. Es decir, reconocer la credibilidad a su testimonio sobre la base de una supuesta coherencia de dicha colectivización. En primer lugar, porque no todos tenían una relación de confianza con la Caja Rural. En segundo lugar, porque siendo los productos similares, no son idénticos y la confianza que pueden derivarse de su comercialización no tiene porqué ser la misma. Y el tercero, por el dato que nos encontramos ante un aval que es una operación ordinaria de tráfico negocial no desconocida por cualquier consumidor al uso, como sus efectos no son desconocidos por cualquier consumidor al uso. Y que por la Juez a quo, en ningún momento, valora otras pruebas como las documentales o los testimonios de testigos comercializadores o la deposición del Sr. Sebastián sobre el origen y efectos del procedimiento de contratación del producto de cobertura. Añadiendo que nadie podría prever un desplome de los tipos que hiciera operar la cobertura en sentido contrario.

Vamos a examinar cada uno de los contratos suscritos por los actores. En cuanto a María Cristina , suscribió contrato de hipoteca con Caja Rural, en fecha de 29 de mayo del 2008, con duración de 30 años e interés variable del 5,29 %, nuevo tipo de interés, el Euribor, más 0,25 % durante el primer año. De idéntico modo le resultó ofrecido y siendo firmado por la misma un contrato de cobertura de tipos de interés con el Banco Cooperativo Español SA, denominado contrato de confirmación operación de cobertura, y que tenía como objeto protegerla contra la subida del Euribor. La fecha de formalización de la operación era de 6 de junio del 2008, fecha de inicio de cobertura el 29 de mayo del 2009, vencimiento de la cobertura del 29 de mayo del 2012, liquidando mensualmente el día 29 de cada mes. Tipo fijo del 5,06 %. Firmando un test de conveniencia en fecha de 6 de junio del 2008, donde se indica que ha tenido experiencias en fondos de inversión libre y depósitos estructurados sin garantía. A partir del mes de junio de 2009, empiezan a emitirse los correspondientes recibos de liquidación mensual, habiendo abonado hasta la fecha entre julio del 2009 y agosto del 2010, la cantidad de 4.633,70 euros. Habiendo tratado de amortizar el contrato de cobertura y a pesar de amortizar parte de ello (2368 euros), el nominal del contrato sigue siendo idéntico.

En el caso de D^a Eulalia , suscribió contrato de hipoteca con Caja Rural, por importe de 120.000 euros, con plazo de duración de 420 meses, e interés variable a pagar el primer año del 5,01 %, nuevo tipo de interés el Euribor más 0,35 %. En marzo del 2008, fue requerida su presencia para firmar un producto a plazo fijo, a modo de seguro contra las subidas del Euribor. Formalizándose contrato de confirmación de operación de cobertura, con fecha de formalización de 6 de junio del 2008, fecha de inicio de la cobertura de 25 de marzo del 2009, y fecha de liquidación mensualmente el día 25 de cada mes, y siendo la fecha de vencimiento de la cobertura de 25 de marzo del 2014, y el tipo de interés fijo del 4,98 %. Habiendo abonado de resultados de este segundo contrato un importe de 3.772,85 euros. Habiendo indicado la entidad bancaria que no es posible la cancelación de este segundo contrato. Firmando el test de conveniencia (folio 289), en fecha de 10 de junio del 2008, es decir, tiempo después de la concertación de este último contrato. Y figurando en el mismo que la actora tiene experiencia en fondos de inversión libre y depósitos estructurados sin garantía de capital. Figurando con dicha demandante el test Mifid, sin fecha, calificándola como cliente

minorista y apta para este tipo de productos. En este supuesto incluso existiendo reclamación dirigida al Banco de España, figura resolución de esta entidad de fecha de 6 de mayo del 2010.

En relación con los actores D^a Sacramento y D. Lucas , suscriben contrato de hipoteca con Caja Rural en fecha de 4 de junio del 2008. Con interés de tipo variable. Y una vez firmada la misma, se les llamó a fin de ofrecerles un seguro contra la subida del Euribor, concertándolo en fecha de 11 de junio del 2008, con fecha de inicio de cobertura de 4 de junio del 2009, y fin de 4 de junio del 2014, con fecha de liquidación cada 4 de cada mes, y tipo fijo de interés del 5,06 %. Habiendo abonado ya desde el primer momento cantidades a la entidad bancaria por importe total de 4.604,75 euros. No pudiendo cancelarse esta cobertura. Figurando el correspondiente test de conveniencia en fecha de 11 de junio del 2008, donde se indica que los clientes tienen experiencia en fondos de inversión libre y depósitos estructurados sin garantía de capital. Figurando igualmente los tests Mifid donde se les califica como minoristas y aptos para este tipo de productos, sin sello de la entidad bancaria y sin firma o fecha.

Con respecto a los demandantes D^a Coro y D. Jose Manuel , suscribieron contrato de hipoteca de fecha de 23 de junio del 2008, interés variable a 5,79 %, nuevo tipo de interés Euribor más 0,35 %. Una vez firmado dicho contrato, se les aconsejó por la entidad bancaria la firma de un contrato de seguro vinculado a la hipoteca y que serviría de cobertura ante posibles subidas del Euribor, concertando el contrato en fecha de 13 de agosto del 2008, con fecha de inicio de 23 de junio del 2009, fecha de vencimiento de la cobertura de 23 de junio del 2012, con fecha de liquidación mensual de 23 de cada mes, y tipo de interés fijo del 5,05 %. Habiendo abonado por razón de las correspondientes liquidaciones el importe de 4.627,49 euros. Solicitando posteriormente la cancelación del contrato de cobertura, siéndoles indicado que para ello deberían abonar 12.000 euros. Con relación a los mismos figura la clasificación Mifid sin fecha y sin firma estableciendo su condición de minoristas. Y los tests de conveniencia de fecha de 13 de agosto del 2008, donde se indica que tiene conocimiento en fondos de inversión libre y depósitos estructurales sin garantía de capital. Habiendo expresado su queja al Banco de España, quienes procedieron a contestar a su petición. En fecha de 20 de agosto del 2010, donde se mencionaba que se estimaba por la entidad del Banco de España que la Caja Rural, no se había ajustado a los principios de transparencia exigidos por la normativa aplicable, al no acreditar, mediante la presentación de la oferta debidamente firmada, la correcta información proporcionada a sus clientes sobre el instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés ofertado.

En cuanto a los demandantes D^a Palmira y D. Aureliano , suscribieron contrato de hipoteca en fecha del mes de diciembre del 2007, y posteriormente les fue ofertado el correspondiente seguro, para cubrirles las eventuales subidas del Euribor. Este contrato tuvo como fecha de inicio de la cobertura de 30 de junio del 2008, fecha de vencimiento de 30 de diciembre del 2010, fecha de liquidación cada 30, y con un tipo fijo del 4,48 %. Habiendo sido cargado en cuenta, salvo el primer recibo que lo fue de 30 de diciembre del 2008, por importe de 3.926 euros, un total de 30.056,90 euros.

En cuanto a D^a Josefa y D. Franco , suscribieron contrato de hipoteca con interés variable del 5,68 %, y nuevo tipo de interés Euribor más 0,25 %. Una vez firmado el mismo les resultó ofertado un nuevo producto como cobertura de riesgos, suscribiendo el nuevo contrato de cobertura en fecha de 12 de junio del 2008, fecha de inicio de la cobertura de 12 de junio del 2009, fecha de fin de 12 de junio del 2014, y liquidación de cada mensualidad el día 12 de cada mes, y con un tipo fijo del 5,06 %.

Habiendo abonado, en concepto de liquidaciones desde entonces, la cantidad de 5.471,49 euros. Figurando test de conveniencia donde se establece que tienen experiencia en fondos de inversión libre y en depósitos de capital estructurados sin garantía de fecha de 5 de agosto del 2008, es decir, mucho tiempo después de ser concertado el contrato. Y el test Mifid calificando a los actores como minoristas, sin sello y sin firma de la entidad.

En cuanto a D. Octavio , suscribió contrato de hipoteca en fecha de 4 de agosto del 2008, y contrato de seguro, al igual que los anteriores, para cubrir eventuales subidas del Euribor, garantizando posibles pérdidas derivadas de la subida de dicho tipo de interés variable, siendo el inicio de la formalización de la operación, sin fecha, fecha de inicio de cobertura el de 4 de agosto del 2009, fecha de vencimiento de 4 de agosto del 2016, y fecha de liquidación cada 4 de cada mes, y con tipo de interés fijo del 5,18 %. Habiendo abonado a la parte demandada un importe de 4.610,88 euros. Solicitando la cancelación de dicho contrato se le indicó que era costoso y que no le era rentable cancelarlo. En el test de conveniencia tiene fecha de 5 de agosto del 2008, es decir, después de la firma del contrato, y donde se establece que tiene experiencia en fondos de inversión libre y depósitos estructurales sin garantía, y el test Mifid, se le califica como minorista, no apareciendo sello ni firma ni fecha.

En cuanto a D^a Martina y D. Luis Pedro , suscribieron contrato de hipoteca en fecha de 4 de junio del 2008, con primer año de interés del 5,29 % y el nuevo tipo de interés el Euribor más 0,25 %. A continuación suscribió un contrato de cobertura para cubrir los riesgos de eventuales subidas del Euribor, indicándosele, al igual que los demás, que era una especie de seguro, con fecha de formalización de 12 de junio del 2008, fecha de inicio de la cobertura de 4 de junio del 2009, fecha de vencimiento de 4 de junio del 2014, y con fecha de liquidación de 4 cada mes, con tipo fijo de interés del 5,06 %. Habiendo abonado un total, en concepto de liquidaciones, de resultados de este contrato de 3.955,32 euros. Figurando un test de conveniencia en la misma fecha del contrato y un test Mifid de similares características a los de los demandantes anteriormente citados. Acudiendo al Banco de España quienes les comunicaron que la entidad demandada no había actuado con la transparencia exigible.

En cuanto a D. Celestino y D^a Asunción , suscribieron contrato de hipoteca de 31 de octubre del 2008, con importe de 1.140,38 euros de importe de recibo. Y además, suscribieron, por indicación de la Caja Rural, otro contrato de cobertura para asegurarse de eventuales subidas del Euribor, que actuaba como seguro. Dicho contrato fue de inicio de 31 de octubre del 2009, fecha de fin del vencimiento de 31 de octubre del 2014, fecha de liquidación 31 de cada mes, y tipo fijo de 4,25 %. Habiendo abonado la cantidad de 3.896,02 euros, a la entidad bancaria en concepto de liquidaciones desde el mes de diciembre. Acompañándose test Mifid y test de conveniencia de las mismas características que los actores anteriores.

En cuanto a D. Isaac , suscribió contrato de hipoteca de interés del 5,29 %, nuevo tipo de interés Euribor más 0,25 %, y posteriormente, al igual que el resto, por indicación de la Caja, suscribió a modo de seguro, para cubrir eventuales subidas del Euribor, un contrato de cobertura de fecha de formalización de 9 de junio del 2008, y fecha de vencimiento 9 de junio del 2014, y liquidaciones mensuales cada 9 de cada mes. Y con tipo fijo del 5,06 %. Habiendo abonado la cantidad de 3.217,02 desde entonces. Figurando test de conveniencia de 9 de junio del 2008, y test Mifid de igual

características que los anteriores actores. Reclamando ante el Banco de España, no habiendo emitido resolución.

En cuanto a D. Sebastián y D^a Macarena suscribieron contrato de hipoteca con interés variable al primer año del 5,10 %, y nuevo tipo de interés Euribor más 0,25 %. Y posteriormente, y a modo de seguro, tras los requerimientos de la entidad bancaria, firmaron un contrato de cobertura, para cubrir eventuales subidas de tipo del Euribor, con fecha de formalización del 20 de agosto del 2008, fecha de inicio de cobertura de 3 de enero del 2009, fecha de vencimiento de 3 de enero del 2014, y fecha de liquidación cada 3 de cada mes. Y con tipo fijo del 4,93 %. Habiendo abonado la cantidad de 9.402,27 a la entidad bancaria. Figurando tests de conveniencia y Mifid del mismo tipo que los anteriores. Reclamando ante el Banco de España.

Es decir, la mecánica es similar en todos los casos. Se trata de clientes que tienen suscrito una hipoteca con la Caja Rural. Con un tipo de interés variable y dependiente del Euribor. Esta entidad les ofrece un contrato de cobertura de riesgos, a modo de seguro, para cubrir eventuales subidas del Euribor. Y tan pronto resultan suscritos dichos contratos de cobertura, que actuaban supuestamente a modo de seguro, y que fueron contratados por los actores a requerimiento y ofrecimiento de la entidad bancaria codemandada, el Euribor comenzó a bajar, originando que como consecuencia de esos contratos de cobertura "seguros", se procediera al pago de ingentes cantidades de dinero a la entidad bancaria codemandada. Debiendo añadirse la inexistencia de una información clara por parte de dicha entidad bancaria, puesto que la mayor parte de los documentos, como tests de conveniencia y los tests Mifid no fueron entregados a los clientes, sino que por el contrario, fueron conocidos por éstos tras sucesivas reclamaciones. Siendo idénticos los contenidos de los tests de conveniencia, y siendo idénticos los contenidos de los tests Mifid. Calificando que los actores tienen experiencia, sí, pero no en fondos de inversión de riesgos y calificándolos como clientes minoristas. Siendo imposible, de facto, la cancelación de dichos contratos lo que determina que las liquidaciones negativas sigan dilatándose en el tiempo, con pérdida patrimonial de los clientes actores, y ganancia correlativa de la entidad bancaria. Habiendo originado incluso resoluciones del Banco de España ante las reclamaciones de algunos de ellos, dando lugar a indicaciones en el sentido que "efectivamente había habido un déficit claro de transparencia a la hora de comercializar dichos productos".

Es evidente que si los actores hubieran conocido, porque hubieran sido informados como era exigible, de las condiciones del contrato de cobertura, no las hubieran firmado. No hubieran suscrito un contrato que desde el momento mismo que se concertó solo les han originado multitud de pérdidas y la imposibilidad real de cancelarlo. Puesto que nadie firma un contrato que solo va a generar pérdidas para sí mismos. Y beneficios para la entidad bancaria que les requiere a fin de que firmen.

TERCERO.-Tal como ha venido siendo determinado por la doctrina, los contratos de permutas financieras o Swaps (etimológicamente intercambios), que es como se va a definir, por esta Sala, el contrato a partir de ahora, son productos financieros derivados, es decir, que su valor depende de otro valor de referencia. Los Swaps provocan una técnica financiera de hedge u ocultación para paliar o minimizar ciertos riesgos que son asumidos por el otro contratante (la Swap counter party), a cambio de que el primero asuma los riesgos del segundo o a cambio de otra prestación. Estos

riesgos suelen ser, el de oscilaciones de moneda, el del tipo de interés -como el caso que nos ocupa- o el de incumplimiento contractual.

Según el Anexo II del contrato marco de operaciones financieras 2009, de la Asociación Española de la Banca, permuta financiera de tipos de interés, es "aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordado".

El Swap comporta un intercambio entre la obligación que se tiene por la que se desea tener, es un intercambio de dinero a futuro (flujos de cobro y pago recíprocos). Un ejemplo muy sencillo puede ser el que sigue: A y B acuerdan un Swap, en el que A -el contratante- será pagador fijo, y B-la entidad bancaria- un pagador variable, A paga fijo el 10 %, a título de ejemplo. Llegado el primer vencimiento (las liquidaciones suelen ser mensuales, trimestrales o anuales), si el tipo de referencia es 9, A pagará a B, un 1 % (diferencia entre 10 y 9), y al siguiente vencimiento si el tipo de interés de referencia es 12 %, B pagará a A un 2% (diferencia entre 12 y 10).

También es habitual que los dos compradores sean variables, de forma que un Swap sobre el Euribor, como el de autos, si el Euribor sube por encima de un determinado valor, una de las partes - la entidad bancaria-paga más, mientras que si está por debajo de ese valor, será el contratante el que paga más, de modo que la variación en el índice de referencia Euribor hace que se beneficie una parte u otra.

En la mayor parte de las ocasiones, estos contratos de permutas financieras, no son contratos desligados de otros, sino que normalmente se ofrecen a los clientes como seguro -cobertura es la palabra exacta- ante las fluctuaciones de los tipos de interés, y para cubrir los riesgos de dichas fluctuaciones respecto de otras operaciones crediticias que el cliente tiene ya contratadas con la entidad bancaria. La forma normal es que el cliente se posiciona como un pagador variable, y tal circunstancia fue favorable mientras el Euribor tuvo trayectoria alcista, ocurre sin embargo, que en un determinado momento dicha tendencia se invirtió, y lejos de obtener el resultado ideado en un principio, las liquidaciones fueron negativas para el contratante y favorables para las entidades financieras. Es en este momento, no lógicamente antes, cuando empiezan a proliferar las demandas solicitando la nulidad contractual.

Tal como viene siendo determinado por el artículo 1261 del CC , la existencia del contrato requiere consentimiento de los contratantes, y lo es para obligarse a dar una cosa, hacer o prestar algún servicio (artículo 1254 del CC), a cambio de que la otra parte, igualmente de una cosa o preste un servicio (artículo 1264 del CC). Uno de los vicios del consentimiento del contrato, que determina su invalidez, sería que recaiga sobre la sustancia de la cosa o las condiciones de la misma, que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo.

Existe error cuando una parte se representa la realidad del contrato de forma equivocada, como consecuencia de lo cual no recibe lo que esperaba obtener del contrato, con la consiguiente lesión económica.

Por regla general, el error no anula el contrato, salvo cuando sea esencial y excusable. Solo es esencial cuando recaiga sobre la cualidad que determinó la celebración del contrato. Solo será excusable cuando no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media, teniendo en cuenta la condición de las personas.

Uno de los motivos por los que suele apreciarse la excusabilidad del error es cuando la parte no afectada por el mismo estaba obligada a suministrar determinada información y no lo hace o lo hace de modo inadecuado. El error debe versar sobre las cualidades y condiciones existentes en el contrato, al tiempo del consentimiento y solo así habrá lugar a la impugnación del contrato, si la representación del "buen negocio", se basó en la información defectuosa que prestó la otra parte. En otro caso, si la información fue completa y adecuada, deberá soportar el error inherente a las circunstancias quien padece no error sino las consecuencias del riesgo consecuentemente aceptado.

El deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios se regula, en la actualidad por la ley 47/2007, de 29 de diciembre, por la que se modifica la ley 24/88 de 28 de julio, del Mercado de Valores, en sus artículos 78 y ss y por los artículos 60 y ss del Real Decreto 217/08, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y por el que se modifica el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la ley 35/03, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el RD 1309/05, de 4 de noviembre. Son normas extremadamente exigentes, que especifican la clase, categoría y contenido de la información, según el tipo de cliente de que se trate.

Las clases de clientes pueden ser de tres tipos:

- a). Clientes profesionales, aquéllos en los que se presume la experiencia, conocimiento y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, artículo 78 bis de la ley 47/2007. Especificando en la misma quienes tienen tal consideración, pudiendo clasificarse en cuatro apartados: Uno relativo a entidades financieras, otro a organismos públicos, otro a empresarios individuales, que han de reunir, al menos, dos de las condiciones que especifica el precepto. Así que el total de las partidas del activo sea superior o igual a 20 millones de euros. Que el importe de la cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros. Y que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros. Y otro relativo a los demás clientes que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como cliente minorista.
- b). Contrapartes elegibles (artículo 78 ter), son, básicamente, entidades e intermediarios financieros.
- c). Clientes minoristas, que no son ninguno de los anteriores. Fundamentalmente los clientes individuales y Pymes.

Conviene tener en cuenta que según los tests Mifid incorporados a los autos, que son todos ellos prácticamente iguales, los actores tienen la condición de minoristas, figurando en los respectivos tests de conveniencia que tienen experiencia en fondos de inversión libre, y en depósitos estructurados sin garantía de capital, pero no, en derivados (opciones y futuros), no en Warrants, ni en permutas de tipo de interés.

En relación con la clase y tipo de información que deben proporcionar a los clientes minoristas, artífices de la mayor parte de las reclamaciones que llegan a los Juzgados, el artículo 79 de la ley señala que "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes". Y dentro de esa afirmación genérica encuentran las obligaciones de información, de forma que conforme a lo prevenido en el artículo 79 bis, existe obligación de mantener en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Y esta información debe ser imparcial, clara y no engañosa.

El artículo 60 del RD 217/08 , fija con sumo detalles las condiciones que ha de cumplir la información para "ser imparcial, clara y no engañosa". Entre ellas son de destacar el que ha de ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, ha de ser suficiente y se presentará en forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus posibles destinatarios, y no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

Establecidas estas normas generales sobre información a clientes, a continuación se fijan diferentes niveles de información, dependiendo del momento contractual y del tipo de cliente de que se trata.

En relación a la información referente a instrumentos financieros y a las estrategias de inversión, el artículo 79 bis, 3 de la ley, obliga a introducir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a dichos instrumentos o estrategias y el artículo 64 del RD, obliga a proporcionar a los 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, añadiendo que 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 manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. En el párrafo 2, del mismo artículo 64, se detalla la información que ha de incluirse en la explicación de los riesgos, cuando sea justificado en atención al instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente.

Por último, dentro de las obligaciones de información que tienen las entidades que prestan servicios de inversión, el artículo 79.5 de la ley incluye la de asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, estando obligadas a obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencias del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto de que se trata o servicio concreto, 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. Y el artículo 79 bis 7, a fin que la entidad pueda valorar si el producto financiero es adecuado o no para el cliente, señala que 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 de servicio concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado. Siendo denominados tests de idoneidad y de conveniencia, respectivamente. Respecto de los que existen recomendaciones en el CNMV, sobre los datos que han de contener.

De todo lo expuesto es fácil llegar a la conclusión que el legislador español y europeo, tiene como objetivo el ser extremadamente puntilloso sobre los derechos de los clientes al suscribir este tipo de contratos. Quien suscribe no ha visto nunca este tipo de contratos. Y por tanto, el cliente tiene que ser rigurosamente informado, y así se deriva de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril del 2004, teniendo como objetivo proteger a ultranza al inversor del oscuro mercado financiero.

Ha de añadirse que este tipo de contratos que están en el mercado desde hace 50 años, han pasado totalmente desapercibidos para la mayoría del público hasta 2007, a las puertas de la crisis, momento en que se han comercializado de forma masiva. Cuando la economía está a punto de dar un giro inesperado -y desde luego en el caso de nuestro país dramático- pero aún no se ha dado dicho giro del todo, un cliente asustado por el Euribor creciente solo puede agradecerle a su banco a que le ayude regalándole un "seguro" o "cobertura como es mencionado por la entidad bancaria", por ser cliente preferente, como es el caso del actor. Luego, cuando el Euribor baja aún más, se ve que ha firmado otra cosa y en los más de los casos, como el Euribor ha bajado una gran cantidad, los clientes tienen que pagar liquidaciones millonarias e incluso algunos, ni tan siquiera son capaces de pagar dichas liquidaciones. Con las consecuencias funestas que ello conlleva.

Y que viene a implicar que, si bien es cierto que el producto financiero fue aceptado por la parte actora, lógicamente le fue ofrecido por el Banco. Porque el cliente, ni sabía ni tenía porque saber la existencia de dichos contratos de permuta financiera. Que tenía en su cartera la entidad bancaria y que lógicamente le fueron ofrecidos a la parte actora. Y menos aún, se entiende que fueron solicitados por la parte demandante(s), cuanto que los resultados, y desde el primer momento, fueron funestos para sus intereses. Lo que lógicamente determinaría que no fueran requeridos por la parte actora.

CUARTO .-En relación con lo sucedido con los respectivos contratos es preciso valorar el contenido del informe pericial emitido por D. Vicente , de 20 de septiembre del 2011, e incorporado a la causa en los folios 1961 y ss. Se nos dice que el producto contratado es un instrumento financiero derivado, en la forma habitualmente denominada como SWAP. Donde la liquidación a efectuar entre la entidad bancaria y los clientes, dependerán de la evolución de los tipos de interés de referencia. Es decir, que los clientes desconocen los diferentes pagos/cobros que se devengarán durante la vigencia del contrato. Entendiendo que si los clientes hubieran querido mitigar o reducir el riesgo financiero derivado de incrementos de tipos de interés, que era en definitiva el tipo de contrato de cobertura que supuestamente la había sido ofertado por la entidad bancaria, deberían de haberse planteado y/o contratado únicamente una opción al límite del tipo de interés (CAP) pues se estima como instrumento financiero óptimo para los clientes. En lugar del ofertado. Dado que el comprador de una opción CAP vinculada a los préstamos como la planteada en apartados anteriores, tiene un valor/coste que se abona generalmente con una prima inicial y/o con un diferencial superior, del tipo de interés Euribor que se aplica a los préstamos. De tal manera que el producto ofertado por la Caja Rural de Soria para la finalidad buscada por los clientes en cuanto a un seguro que limite el riesgo, no era el idóneo.

Se infiere que Caja Rural de Soria ofreció una simulación de las liquidaciones futuras al vencimiento de los contratos con distintos escenarios de los tipos de interés, pero ello no determinaba la

inclusión, como sería precisa, de una simulación con bajadas de los tipos de interés, que fue lo que realmente había sucedido. Con lo que nos encontramos con un déficit claro de información.

Añadiendo que en el primer semestre del año 2008, siendo en junio, julio y agosto cuando se concertaron los distintos contratos SWAPS determinadas entidades financieras de reconocido prestigio y Organismos Oficiales estimaban bajadas del tipo de interés y del Euribor. Así el BCE, informaba que eran las entidades de crédito los participantes en el mercado monetario. Indicando la existencia de bajadas de tipos de interés en el Euribor durante el ejercicio del 2008. Las Fundaciones de Cajas de Ahorros (Funcas), en abril del 2008, estimaba que los tipos de interés eran elevados por lo que se deduce que bajarían a medio-largo plazo. Y lógicamente el contenido de este informe debería ser sabido por la Caja Rural al tiempo de concertar los contratos. Caja Madrid indicó en mayo de 2008, que iban a bajar los tipos de interés. La entidad financiera La Caixa, indicó que los tipos de interés se mantendrían durante los próximos meses y que seguramente se producirían rebajas de los tipos de interés aún con retraso.

Se añadía que los IRS, (instrumentos de cobertura suscritos), por los clientes no cubren el margen diferencial al cual están sujetos los préstamos hipotecarios. Los importes nominales de los préstamos se van reduciendo con el pago de las cuotas mensuales y con las que, en su caso, amortizaciones parciales o totales que los clientes realizan o pueden realizar a lo largo de los diferentes periodos circunstancia que no sucede en el IRS. Y que los periodos de revisión y/o liquidación no concuerdan con los préstamos hipotecarios. Lo que era sinónimo del perfil especulativo de dichos IRS. Indicándose que la fijación de una cotización del Euribor por encima de un 5 %, sería un escenario remoto, y que lo más probable, como así sucedió, fue la existencia de numerosas liquidaciones negativas relevantes durante la vigencia del contrato. Habiendo abonado los distintos actores una cantidad notable de dinero a la entidad bancaria durante todo el tiempo de vigencia del referido contrato. No beneficiándose los referidos IRS, y los clientes que los suscribieron ante posibles bajadas en el tipo de interés de referencia del Euribor.

Para poder estimar y valorar las implicaciones de dichos IRS, se requieren conocimientos financieros elevados. De tal manera que los contratos y anexos entregados a los clientes no detallan fórmulas, fuentes de información detalladas y/o costes orientativos del coste de cancelación de los IRS. Del análisis de conveniencia, no se desprende evidencia suficiente que permita concluir favorablemente sobre la conveniencia del mismo. Particularmente en clientes, como los actores, minoristas, sin experiencia financiera en productos similares, como se deriva de los tests de conveniencia y de los MIFID.

En la contratación de esos IRS/SWAP, los clientes reducen la variabilidad en los flujos de efectivos por los pagos de intereses del préstamo a cambio de asumir un riesgo de valor razonable del derivado de la cancelación anticipada. Teniendo en cuenta el nominal de cada uno de los derivados, el valor razonable de los mismos puede ser desfavorable para el cliente por un importe relevante, incluso muy superior al límite legal establecido del coste de cancelación de un préstamo hipotecario. Para el conocimiento de dicho cálculo se precisaría una información financiera de acceso restringido, y unos conocimientos financieros elevados en esta tipología de productos y metodología de descuento de flujos y valoración. En definitiva conocimientos financieros elevados que los actores no poseen.

Las variaciones del Euribor utilizadas en la propuesta de cobertura y consideradas como posibles no se ajustaban a las previsiones existentes a fecha simulación. Añadiendo que las distintas cuotas que se abonaban en un préstamo hipotecario a interés fijo a interés variable compensan una parte de los intereses a la vez que reducen el capital pendiente siguiendo el método francés. El importe que se abona por el IRS, no compensa deuda alguna del préstamo hipotecario.

QUINTO .-En el suplico de la demanda se alega por los actores la nulidad de los contratos suscritos, por concurrir, entre otras cosas, la nulidad del consentimiento, invocando a tal efecto el contenido del artículo 1261 del CC . Añadiendo que el error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia regular. De tal modo que en el caso de autos, los clientes no tuvieron nunca la oportunidad de cerciorarse que el producto contratado generaba riesgos y estaban sujetos a eventuales pérdidas, de tal manera que de haberlo sabido no los hubiera contratado. Habiendo actuado la Caja demandada con engaño.

Debemos entender si en el presente caso nos encontramos ante un dolo negocial, al que alude el artículo 1269 del CC, o por otro, error del consentimiento en la forma prevista en el artículo 1266 del CC . Debemos entender que existe dolo si con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes el otro es compelido a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. Señalándose por el Alto Tribunal en sentencia de 5 de marzo del 2010 , que por tales podemos entender "palabras o maquinaciones que pueden ser positivas o ser de tipo negativo, en el sentido que la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente pudiera pensarse lo contrario".

Lo que la prueba permite alumbrar es que el banco ofreció la contratación dando a entender a los clientes que éstos se cubrían -de ahí la mención continua que se hace por parte de los responsables de la entidad demandada del contrato como de cobertura-, frente a la eventual subida de los tipos de interés. Tendencia de los tipos que, de forma sin duda imprecisa, como hemos visto, iban a precisar las obligaciones a cargo de cada uno de los contratantes. Esta forma de exponer el contenido del contrato quizá se explique en el caso atractivo que para cualquiera supone realizar una apuesta en el que la otra parte implicada es una entidad como mayor conocimiento de las vicisitudes y tendencias de los vaivenes de la economía, flujos financieros y tendencia de los mercados. Si cualquier entidad bancaria expusiera que el contrato en esencia se reduce a tal apuesta (paga el banco si los tipos de referencia suben por encima del un tipo de interés, paga el cliente si no llega a dicho nivel), sería difícil conseguir la suscripción de esa clase de productos. Máxime cuando en las fechas de las contrataciones y en el periodo de tiempo anterior, el tipo del Euribor era inferior al 5 %, y así se había mantenido ininterrumpidamente desde 1997. Siendo los contratos suscritos en fechas de mediados del 2008.

Pero si lo que realmente se ofrece, aderezado de explicaciones sobre la tendencia alcista de los mercados -que no se confirmó- es una forma de evitar las costosas consecuencias de tal elevación de tipos, el producto se vuelve más atractivo. Es decir, si se le envuelve en la expresión "cobertura", dando a entender una especie de "seguro", es claro, que el producto puede ser contratado con más facilidad, aún cuando la explicación no responda fielmente a la naturaleza del mismo. De hecho esta práctica ha sido calificada como impulsora de un vicio de consentimiento, cuando se ofrece dicho contrato complejo y especulativo como contrato de "cobertura", para evitar los riesgos de una elevación de los tipos de interés que puedan afectar a un contrato "leasing".

Si esta afirmación no fuera suficiente para entender que nos encontraríamos ante una maquinación insidiosa de la entidad demandada para conseguir que se procediera a la contratación del SWAP, la realidad de los hechos todavía avala más esta explicación. Si el Banco de España en el boletín de 4 meses antes, o FUNCAS, donde lógicamente quedará integrada la entidad demandada, como caja de ahorro que es, había determinado una bajada notable de tipos de interés, hasta un nivel del 3 %, no se entiende cómo puede pretenderse ofrecer a un cliente un contrato donde deberá pagar, a la entidad bancaria, siempre y cuando el interés Euribor -que nunca quedó ni existían previsiones que quedara elevado ni tan siquiera al 4 %- fuera inferior a los tipos de interés pactados. Que evidentemente siempre eran superiores, en los distintos contratos SWAP concertados al 4 %. En definitiva, con la contratación de este contrato de "cobertura" se obtenía un pingüe y elevado beneficio para la entidad bancaria. Que nada menos que en dos años ha obtenido de sus clientes unas cantidades nada despreciables. Como se han detallado en los razonamientos anteriores, sin haber tenido que pagar cantidad alguna, .salvo en un caso aislado y por una única mensualidad-, en las distintas liquidaciones mensuales practicadas. Y el negocio, además, es seguro, cuanto que no era posible su cancelación. O de ser posible sería enormemente costoso, lo que de facto determinaría la imposibilidad de su cancelación. Esto es, el negocio se deberá prolongar, en beneficio de la entidad bancaria, y sin contrapartida alguna, durante años.

Se argumenta, por el banco, que los clientes pudieron leer el contrato y que pudieron solicitar explicaciones. Debemos partir del dato que nos encontramos en el caso de los denominados "contratos de adhesión", máxime cuando todos los clientes fueron calificados de minoristas y sin experiencia en inversiones especulativas. Por lo que tendrían necesariamente la protección reconocida en el artículo 78 y ss de la ley 47/2007 . Y su necesidad de protección es más intensa frente a estos productos financieros. Es evidente, por otro lado, que la información suministrada por la entidad Caja Rural no fue la idónea, como se demuestra en los sucesivos requerimientos extrajudiciales realizados a la misma entidad bancaria reclamando distintos documentos. Si dichos documentos donde se detallan escenarios de simulación, planes de convergencia, tests de conveniencia o los MIFID no obraban en poder de los clientes, era porque no se los habían suministrado. Lo que implicaba, evidentemente, un déficit claro de información.

Pero es que, además, en el contrato, no consta la existencia de "escenarios", es decir, no contempla qué podría suceder en los casos de subida de tipos de interés y de bajada de tipos de interés, para una mejor comprensión del contratante. Ni se menciona claramente lo que debería pagar el cliente en caso, que era el esperado por las autoridades financieras, que el tipo Euribor bajara.

Para evitar cualquier tipo de error o de vicio de consentimiento, hubiera sido preciso compartir informaciones sobre precisiones de la evolución del Euribor, y constatar que la tendencia era bajista, como era anunciado, a corto y medio plazo. Y ofrecer una simulación de liquidaciones futuras con escenarios de bajadas de interés.

En conclusión, es evidente la existencia de error en la confección del consentimiento por parte de los contratantes. Sobre su carácter excusable, es evidente, que difícilmente podremos concluir su inevitabilidad, con la sola lectura de los contratos, si, como ya hemos afirmado, los mismos no resultan suficientemente claros para una persona no acostumbrada a contratar derivados. Siendo todos los demandantes minoristas y sin experiencia en este tipo de inversiones.

En definitiva, tal como afirmó la SAP de Álava, de 18 de enero del 2001 , el ofrecimiento de un producto con una finalidad diferente a la real, ocultando las consecuencias negativas que supone para el cliente suscribirla, y el ofrecimiento de un contrato de cobertura para vencer su natural prudencia, son constitutivas de una maquinación que determinaría un vicio de voluntad, porque el cliente nunca habría contratado sin el convencimiento que era una especie de seguro, "cobertura", y sin que ello afectara directamente, y supuestamente, en su beneficio, al contrato de arrendamiento financiero suscrito.

Difícilmente las entidades de crédito podrían comercializar estos productos, dado que difícilmente nadie apostaría contra una entidad de crédito, mucho mejor informada -boletín del Banco de España, previsiones de FUNCAS, sobre la evolución del Euribor- que el cliente de cual sería la evolución del interés comunitario europeo. Siendo un supuesto de asimetría informativa del que la entidad de crédito toma insidiosamente ventaja. Y si lo que trata es de proteger a los clientes de las fluctuaciones de tipos de interés, la solución debería ser la propuesta por el perito, esto es, acudir a un CAP, o tipo de interés fijo, y no variable.

Habiendo señalado el Alto Tribunal en sentencia de 30 de diciembre de 2009 , que "también puede apreciarse en relación con una actuación omisiva de ocultación o de falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido". Precisamente en relación al coste de desistimiento unilateral del contrato de permuta, se estima por la SAP de Cáceres, de 8 de junio del 2010 , la pretensión de un cliente de nulidad contractual, cuando se entienda confusa, oscura y desproporcionada las consecuencias de su voluntad de apartarse del contrato. Y añadiendo la SAP de Burgos de 10 de noviembre del 2010 , que la falta de información supone el desconocimiento del cliente en el sentido que la cancelación tenga un coste elevado, originando con ello un vicio claro en el consentimiento contractual prestado.

Por lo tanto, nos encontramos ante un evidente error o vicio de consentimiento en la parte contratante. En relación con la totalidad de los demandantes. Siendo este error esencial, al recaer sobre la naturaleza del producto financiero que se adquiere y al mismo tiempo es excusable, cuanto que se deriva de la falta de información exigible normativamente a la entidad bancaria, sobre los riesgos que podría tener para el cliente su suscripción. Además de otras faltas de informaciones que anteriormente se han relatado. Recayendo, por tanto, sobre lo que constituye el objeto del contrato o las condiciones que hubieran permitido su celebración, no siendo en modo alguno imputable a quien lo padece. Siendo asimismo excusable, cuanto que es inevitable, no habiendo podido ser evitado por quien lo padeció empleando una diligencia media o regular.

SEXTO .-Lo esencial en este caso es que el contrato(s) celebrados con los distintos clientes se firman porque el banco ofrece una forma de evitar las consecuencias de una subida de tipos que da a entender se iba a producir, o que era más que posible que pudiera tener lugar, y que este producto iba a servir como "cobertura", frente a eventuales subidas de tipos, lo que determinó la suscripción del contrato por los actores. Hay que ponderar que es el banco quien tiene el producto, y por lo tanto, se lo ofrece al cliente, a "su medida" según su propia expresión. En esta tesitura, la iniciativa contractual que adopta y la forma en que se da a entender que será ventajoso para el cliente - "cobertura de riesgos"- logran persuadir al mismo.

Es evidente, y como tal ha sido establecido en los distintos tests MIFID incorporados a los autos, y en relación con los distintos clientes, que todos ellos eran minoristas, y por lo tanto, aún teniendo experiencia en inversiones, no tenían experiencia alguna en inversiones especulativas del tipo SWAP como los contratos que son objeto de este procedimiento. Por lo que difícilmente podremos concluir la evitabilidad del error en el consentimiento prestado por los demandantes. Es decir, el contrato no es en absoluto claro para una persona no acostumbrada a contratar derivados, y los actores no los habían contratado nunca, y la información que la entidad bancaria les suministró a la hora de suscribir los mismos ha sido claramente insuficiente, en todos los casos, a los efectos de poder conseguir una comprensión exacta de las consecuencias económicas de lo suscrito.

Máxime cuando siendo minoristas, como hemos aludido, la exigencia de fidelidad y fehaciencia en la información suministrada por la entidad bancaria, con relación a este tipo de clientes, se hace incluso más exquisita y más profunda. No olvidándose que, además, en este caso ni tan siquiera se llegó a firmar el contrato marco de operaciones financieras, en donde se recogen las causas de vencimiento anticipado. Sin que se hubieran hecho tests de idoneidad como sería exigible. Si no se hizo, y existía obligación de hacerlo a la entidad bancaria, no puede pretenderse que para desvincularse de las obligaciones legales generadas con su actuación, se deba exigir al cliente una "adecuada diligencia de padre de familia". Puesto que mal podría actuar con diligencia cuando le faltaba información esencial para la concertación del contrato de permuta financiera. Y le faltaba la correspondiente evaluación de riesgos. De haber existido dicha evaluación, como era exigible a la entidad demandada ofrecérselo, podría ser imputable su conducta a título de falta de diligencia. Pero sin que se le hubiera advertido de la existencia de riesgo alguno, por cuanto el contrato era de "cobertura", evidentemente, no puede entenderse que quien no es experto en productos financieros, haya actuado con negligencia. No siéndolo, como hemos repetido varias veces ninguno de los demandantes.

Habiendo incluso desaparecido la nota de aleatoriedad en el presente contrato, que es consustancial a su objeto, puesto que la omisión por la Caja Rural de facilitar información a su cliente sobre la remisión de tensiones inflacionistas y la posible bajada del Euribor, determinó una necesaria liquidación negativa a abonar por los clientes, que se mantuvo a lo largo de todo el contrato. Desde la primera liquidación, en la práctica totalidad de los casos, salvo una mensualidad aislada de un actor, mientras la demandada tenía asegurada su ganancia, rompiendo así la reciprocidad e igualdad del contrato, que perdía, así, una de sus notas características, cual es la aleatoriedad, al no depender ya los abonos o desembolsos de las partes de un acontecimiento incierto.

Por todo ello, los contratos suscritos por la entidad demandada con los actores lo fueron con un consentimiento viciado, por parte de éstos, lo que conlleva la nulidad de la cláusula o del contrato, como se ha determinado en SAP de Madrid, de 13 de septiembre y 20 de octubre del 2011, en Secciones 14 y 25. Y asimismo en SAP de Madrid de 14 de febrero del 2012, en Sección 14 .

Y a título de resumen la SAP de Valladolid de 20 de febrero del 2012 , donde señalaba que las omisiones en la información ofrecida por la Caja sobre aspectos principales del contrato, unido a que la facilitada era en muchos casos equívoca, hubo de producir en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los artículos 1265 y 1266 del CC . En resumen, se ofertaba un producto financiero para proteger

los costes del contrato de leasing ante posibles subidas de interés cuando lo que en realidad suscribían era un contrato de elevado riesgo, que podrían comportar cuantiosas pérdidas -como así sucedió-, que cubrían de forma muy diferente las fluctuaciones de intereses según se produjeran al alza o a la baja, en claro perjuicio suyo en este último caso, y en los que se advertía del coste que podía suponer el ejercicio por su parte del derecho de cancelarlo anticipadamente. Es más, ni siquiera dicha posibilidad aparecía en el contrato.

Es cierto que, según la jurisprudencia, el error para ser invalidante ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de la buena fe y de responsabilidad. El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esta diligencia, ha de ser apreciada valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error -empresario minorista como ha quedado dicho- sino las del otro contratante pues la función básica del requisito de excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundada en la declaración.

Y siendo el producto financiero complejo, la falta de información, facilitada por la entidad bancaria, el incumplimiento de los deberes que a ella le incumben, determina la nulidad del contrato. Y aún para el caso de entenderse que efectivamente tenían experiencia en inversiones los distintos actores, es evidente que su experiencia quedaba limitada a experiencia en inversiones fijas, no variables o de riesgo, por lo que no tenían la condición de expertos financieros. Pues entre otras cosas porque no habrían contratado el SWAP, que no les ha generado ninguna ventaja y sí una pérdida económica relevante desde el primer momento. Y siendo así, no teniendo la condición de expertos financiero, es patente que el error cometido por los mismos al contratar es claramente excusable, ya que lo único que habrá de presumirse es que eran conocedores de la realidad diaria que constituía el objeto de su profesión, pero no necesariamente de otras cosas y menos aún de productos financieros complejos. No siendo, evidentemente, la realidad de sus respectivas profesiones necesariamente equivalentes a las del mercado financiero en donde se desarrolló la operación. Ni tampoco cabe entender bastante la información que la entidad bancaria había facilitado a los demandantes, ni por último, puede invocarse que tardaron mucho tiempo en reclamar. Máxime cuando ni siquiera se sabe a ciencia cierta si dicho producto puede ser o no cancelado, y de ser así en qué condiciones.

El error no recae sobre elementos accesorios, sino que incide directamente sobre el resultado económico que podía esperarse de los distintos contratos y sobre la posibilidad de apartarse de los mismos, según evolucionasen las circunstancias del mercado, lo que constituye uno de los aspectos fundamentales de lo convenido, su objeto. Y recayendo sobre un elemento principal del contrato, éste ha de entenderse como claramente nulo.

El artículo 1303 del CC , dispone que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. De manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, como bien señaló la Juez a quo. Esta misma postura ha sido mantenida en una sentencia reciente el Alto Tribunal, y en concreto de 13 de marzo del 2012, recurso 675/2009 , donde venía a señalar que el artículo 1303 vincula la nulidad del contrato o de

alguna de sus cláusulas a la restitución íntegra, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar (lo que es nulo no produce efecto alguno), dado que esta se queda sin causa alguna que la justifique. Tratándose, por tanto, del resultado natural de la propia nulidad, obligando a devolver aquello de lo que una de las partes se enriqueció indebidamente.

En definitiva, el último motivo de recurso ha de ser igualmente rechazado, lo que conlleva la necesaria confirmación de la sentencia recurrida.

Recordar que resoluciones semejantes a ésta han dado lugar a distintas sentencias dictadas por esta Sala, y así los recursos de Apelación rollos 53 y 54 del año 2012. Todas ellas con un contenido similar al de esta resolución. Habiendo recaído resolución por el Alto Tribunal en relación con la 54/2012, declarando desierto el recurso planteado por las mismas partes codemandadas, y en fecha de 26 de octubre del 2012. Y en rollo 120/2011 donde recayó auto inadmitiendo el recurso de casación interpuesto por las mismas entidades codemandadas contra la sentencia dictada, en parecidos términos a la actual, por esta misma Sala. Siendo la sentencia dictada en este último procedimiento por esta Sala, la de 10 de octubre del 2011. Y las sentencias de rollos de Apelación 53 y 54 antes descritas, fueron dictadas por esta Sala en fecha de 1 de junio del 2012 .

SÉPTIMO .-Las costas, conforme el artículo 398 de la LEC , en relación con el artículo 394 del mismo cuerpo legal , habrán de ser impuestas a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente desestimadas, en este caso, las de esta alzada, al igual que las de primera Instancia, a la parte demandada-apelante.

De idéntico modo, de conformidad con los números 9 y 10 de la disposición adicional decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre , habrá de darse a la cantidad ingresada como depósito para recurrir, cuya pérdida se decreta, el destino legal que proceda, una vez firme esta resolución.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Sra. González Lorenzo, en nombre y representación de CAJA RURAL DE SORIA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO Y BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL SA, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Soria, de 31 de julio del 2012 , en autos de procedimiento ordinario número 1000013/2011 seguidos en dicho Juzgado, y en su consecuencia, debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la sentencia recurrida.

Imponiendo expresamente las COSTAS de esta alzada a la parte apelante.

Firme que sea esta resolución habrá de darse a la cantidad ingresada en concepto de depósito para recurrir, cuya pérdida se decreta, el destino legal que corresponda.

Así por esta nuestra Sentencia, que será notificada en forma legal a las partes, haciéndoles saber que, caso de interponer Recurso de Casación ó Extraordinario por Infracción Procesal, deberá acreditar al tiempo de su interposición la consignación de la suma de 50# en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales aperturada en el Banco Español de Crédito, cuenta expediente nº 4162

0000 01 seguido del nº de procedimiento (4 dígitos) y del año (dos dígitos) debiendo indicarse en el campo "concepto" del documento resguardo del ingreso, que se trata de un "Recurso", seguido del código 06 (casación) ó 04 (Infracción Procesal. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse a continuación de los 16 dígitos de la cuenta de expediente (Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre), lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION . Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

RDMF