

Roj: SAP B 1427/2013
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 15
Nº de Recurso: 401/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARTA RALLO AYEZCUREN
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN 15ª

Rollo nº 401/2012-2ª

JUICIO ORDINARIO 293/2011

J. MERCANTIL 10 BARCELONA

SENTENCIA Núm. 80/2013

Magistrados:

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

Dª. MARTA RALLO AYEZCUREN

D. JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

Barcelona, 25 de febrero de 2013.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número 293/2011, del Juzgado Mercantil número 10 de Barcelona, seguidos a instancia de don Maximino , representado por la procuradora doña Anna Maria Feixas Mir y defendido por la letrada doña Elisabet M. Fígols Sanmartí, contra UNNIM BANC, S.A. como sucesor de la Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa, representado por la procuradora doña Luisa Infante Lope y defendido por el letrado don Juan Ignacio Sanz Caballero. Este tribunal conoce de las actuaciones en virtud del recurso de apelación interpuesto por don Maximino , contra la sentencia dictada por el Juzgado el 22 de marzo de 2012.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La sentencia del Juzgado dice en su parte dispositiva: "Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Anna Mª Feixas Mir en nombre y representación de don Maximino y dirigida contra CAIXA D'ESTALVIS UNIÓ DE CAIXES DE MANLLEU, SABADELL I TERRASSA, UNNIM, por lo que absuelvo a la demandada CAIXA D'ESTALVIS UNIÓ DE CAIXES DE MANLLEU, SABADELL I TERRASSA, UNNIM de todos los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, con imposición de las costas causadas en este procedimiento al actor don Maximino ."

2. Don Maximino interpuso recurso de apelación contra la sentencia. Admitido el recurso, los autos se remitieron a esta sala, previo emplazamiento de las partes. Comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales y se señaló para votación y fallo el día 16 de enero de 2013.

Ponente: la magistrada MARTA RALLO AYEZCUREN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El demandante, don Maximino , apela contra la sentencia del juzgado mercantil que desestimó su demanda contra Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa (en adelante, UNNIM). Reitera su solicitud de declaración de nulidad del "contrato de gestión de riesgos financieros" suscrito entre el actor y la entidad demandada el 23 de mayo de 2007.

En síntesis, la demanda basaba la solicitud de nulidad, por un lado, en el defecto de la información facilitada sobre el alcance del contrato por parte de la entidad bancaria, que habría viciado de error el consentimiento del Sr. Maximino . Por otro lado, alegaba la existencia de cláusulas abusivas, específicamente las cláusulas 4ª y 5ª.

Exponía que desde la contratación del **swap**, el 23 de mayo de 2007, hasta el 27 de febrero de 2009, el Sr. Maximino había recibido liquidaciones positivas por un total de 651,30 euros; que el 27 de febrero de 2009 había recibido un cargo negativo de 520,41 euros; que intentó cancelar el contrato, puesto que en su día el director de la sucursal le había dicho que el contrato podía "romperse" en cualquier momento, y le indicaron un coste aproximado de cancelación, entre 4.000 y 6.000 euros; que el 29 de mayo de 2009 le reclamaron un nuevo cargo de 2.466,48 euros y elevaron el coste de cancelación a 30.000 euros.

2. La sentencia del juzgado mercantil acoge básicamente las tesis de la entidad bancaria. Descarta el vicio en el consentimiento prestado por el actor, por considerar probado que:

- Las partes mantuvieron conversaciones previas a la firma del contrato de **swap** en la sucursal de UNNIM, en las cuales se explicó al actor los riesgos y las consecuencias del contrato propuesto. El actor disponía del plazo de siete días entre la firma del contrato y su entrada en vigor para desistir o pedir aclaraciones.
- No había desequilibrio alguno entre el nivel de riesgo del actor y el nivel de cobertura del **swap**.
- La suscripción del contrato de cobertura se realizó en la sucursal de la entidad financiera, leyendo ambas partes el documento.
- El actor tenía otros negocios en que había suscrito operaciones financieras complejas con cláusulas similares a las incluidas en el contrato de autos. Era titular de acciones cotizadas y obligaciones preferentes y había suscrito préstamos hipotecarios, tanto como obligado principal y promotor, como en calidad de avalista, por lo que estaba familiarizado con conceptos financieros complejos aunque deba ser calificado como cliente minorista.

En cuanto a las cláusulas 4ª ("*El Cliente reconoce el derecho de la Caja durante toda la vigencia del período de comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio de la Caja, alteren sustancialmente la situación existente en los mismos, de anular el presente Contrato sin ninguna responsabilidad para la Caja, si bien, en este caso, la Caja podrá ofrecer a los Clientes un Producto alternativo y de características similares al que se le ofreció inicialmente*") y 5ª

(" Si el Cliente solicitara la cancelación anticipada del Producto, se le repercutirán los costes y perjuicios que esta cancelación haya ocasionado a la Caja "), tras su estudio, el Sr. magistrado concluye que no tienen el carácter de cláusulas abusivas.

3. El recurso de apelación de don Maximino , pese a alguna referencia al carácter abusivo de algunas cláusulas, dedica una atención preferente al defecto que alega en la información facilitada por parte de la entidad bancaria sobre el alcance del contrato, que habría viciado de error el consentimiento del actor. Según el recurrente, ha existido una valoración errónea de la prueba en relación con: las circunstancias de la contratación; la acreditación del cumplimiento del deber de información por la demandada; la no apreciación de error en el consentimiento; la no apreciación de complejidad en el clausulado; la previsión que tenía la demandada respecto de la evolución del Euribor y el ofrecimiento del producto como un seguro.

4. El contrato impugnado se aporta como documento 4 de la demanda, no cuestionado por la parte demandada. Lleva por título "Contrato de gestión de riesgos financieros". En el encabezamiento, se hace constar como "vendedor" a Caixa Sabadell y como "comprador" Don. Maximino . Se indica como "fecha solicitud" la de 23 de mayo de 2007, la misma de firma del contrato; como "fecha inicio cobertura", 31 de mayo de 2007 y como "fecha vencimiento cobertura", 30 de noviembre de 2010. Consta como tipo de operación "coberturas interés" y como "nominal cobertura", 375.000 euros.

A continuación, bajo el epígrafe "A cargo del cliente", hay cuatro apartados: "*Trimestre 1-2 ambos incluidos: Euribor 3 meses -0,10%. Trimestre 3-4 ambos incluidos: Si el Euribor 3 meses es igual o inferior al 4,55%, el cliente paga el 4,20%, si el Euribor 3 meses es superior al 4,55%, el cliente paga Euribor 3 meses -0,10%. Trimestre 5-8 ambos incluidos: Si el Euribor 3 meses es igual o inferior al 4,75%, el cliente paga el 4,45%, si el Euribor 3 meses es superior al 4,75%, el cliente paga Euribor 3 meses -0,10%. Trimestre 9-14 ambos incluidos: Si el Euribor 3 meses es igual o inferior al 5,00%, el cliente paga el 4,75%, si el Euribor 3 meses es superior al 5,00%, el cliente paga Euribor 3 meses -0,10%.*"

El epígrafe siguiente, "*A favor del cliente*" dice: "*Trimestre 1-14 ambos incluidos: Euribor 3 meses*". Tras otras indicaciones, consta una cláusula adicional, conforme a la cual, si al vencimiento de la cobertura el cliente ha pagado más del 4,95% de media, la Caja se compromete a abonarle la diferencia entre el tipo medio efectivamente pagado por el cliente y el 4,95%; si ha recibido menos del 3,00% de media, la Caja se compromete a abonarle la diferencia entre el 3,00% y el tipo medio efectivamente recibido por el cliente. Siguen definiciones de términos de la operación y la firma de los contratantes. En el reverso, impresos, aparecen un expositivo, 19 condiciones generales y unas "manifestaciones del cliente", con nueva firma de las dos partes al pie del documento.

5. Para enjuiciar el defecto de información invocado, conviene recordar el marco normativo en el caso de autos. Atendida la fecha del contrato, 23 de mayo de 2007, éste se rige por las disposiciones de la LMV de 1988 -a cuyo texto vigente en 2007 nos referiremos en adelante- y por el Real Decreto 629/1993, de 13 de mayo, sobre Normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. La LMV, en su artículo 2 b), incluía en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera de tipos de interés, con independencia de la forma en que se liquidaran y aunque no fueran objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

El artículo 78 LMV decía, en su apartado 1, que las entidades de crédito debían respetar a) las normas de conducta contenidas en el título que ese artículo inicia y b) los códigos de conducta que,

en desarrollo de las normas a que se refiere el párrafo a) anterior, aprobara el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El artículo 79.1 LMV establecía que las entidades de crédito y las personas o entidades que actuaran en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberían atenerse, entre otros, a los siguientes principios y requisitos: a) comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado; b) organizarse de forma que se redujeran al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes; c) desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios; e) asegurarse de que disponían de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Por lo que atañe al Real Decreto 629/1993, regulaba en su artículo 16 la información a la clientela sobre las operaciones realizadas e incorporaba como anexo un Código general de conducta de los mercados de valores, cuyo artículo 4.1 establecía: "las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer". También resultan aplicables al caso, los apartados 1 y 3 del artículo 5 del mismo código de conducta. Apartado 1: "Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos". Apartado 3: "La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

6. Sobre la información precontractual, la sentencia del juzgado considera acreditado que las partes mantuvieron conversaciones previas a la firma del contrato de **swap** en la sucursal de UNNIM, en las cuales fueron explicados al actor los riesgos y las consecuencias del contrato propuesto. La resolución, que resume ampliamente las declaraciones en el acto del juicio del demandante Sr. Maximino y de los dos empleados de la entidad crediticia que intervinieron en el contrato, no especifica el medio de prueba por virtud del cual se acepta la versión de la entidad bancaria -que sostiene que se explicaron los riesgos y consecuencias del contrato- con preferencia a la versión del demandante -que lo niega. Cabe pensar que haya podido ser la declaración de los testigos la que ha llevado al juez a esa conclusión. Este tribunal no la comparte. El artículo 376 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) establece que los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración, entre otras cosas, las circunstancias que en ellos concurren. La condición de los testigos de empleados de la entidad bancaria demandada, y el hecho de que sea a ellos a quien el actor imputa, en buena medida, el déficit informativo sobre el **swap** de tipo de interés contratado, no los sitúa en la mejor posición desde la perspectiva de imparcialidad y objetividad. Por ello, sus manifestaciones no pueden alcanzar una eficacia probatoria superior a la del demandante, en sentido opuesto, plasmada en las alegaciones de la demanda y en la declaración en el acto del juicio. Consideramos que las declaraciones testificales de la directora y del apoderado de la sucursal donde se firmó la

permuta financiera no permiten tener por probada la existencia de una información precontractual suficiente.

7. UNNIM, en el escrito de oposición al recurso de apelación, hace hincapié en el documento número 6 aportado con la demanda. Se trata de la fotocopia de una especie de folleto titulado "Itinerario de contratación de coberturas con clientes para el director de oficina y el gestor de empresas" que el demandante aportó, junto con otro documento (número 5), para mostrar que la entidad demandada tenía a su disposición las herramientas necesarias para poder dar una amplia información a sus clientes y simular diversos escenarios y, a pesar de ello, no lo hizo. En la demanda se exponía que el documento número 6 había sido aportado por UNNIM, como prueba, en otro proceso de nulidad de contratos **swap**.

En la segunda instancia, UNNIM alega que ese documento se hallaba en poder del demandante porque le había sido entregado al contratar la permuta financiera. Este hecho es negado por el actor. En su declaración en el juicio, el Sr. Maximino reitera lo dicho en la demanda: que obtuvo el documento al aportarlo UNNIM a otro juicio con clientes de la misma sucursal -los identifica- que también habían contratado swaps y juntamente con los cuales -o incluso en su nombre- el hoy actor había negociado ante la entidad bancaria. Añadió que su aportación a este juicio perseguía precisamente poner de relieve que él no recibió ese documento que había sido entregado, en cambio, a otros contratantes. Lo cierto es que, en su contestación, UNNIM se refirió al documento 6 para afirmar, genéricamente, que se trataba del documento informativo utilizado en la comercialización de estos instrumentos financieros por Caixa Sabadell, pero no cuestionó la versión de la actora sobre la forma indirecta -no directa- en que ésta lo obtuvo. Si UNNIM lo hubiera alegado al contestar, hubiese permitido a la otra parte acreditar el hecho, mediante testigos o documentos. Al diferir la alegación al acto del juicio impidió una acreditación cumplida.

La explicación facilitada desde el comienzo por el Sr. Maximino es plausible, pero, en cualquier caso, no se ha probado que esa documentación explicativa del **swap** -que contiene dos únicos ejemplos de liquidaciones con cifras reales, uno en que el cliente no recibe cantidad alguna y otro en que recibe 2.000 euros; ningún ejemplo en el que el cliente paga-, sin fecha ni firma, fuera facilitada al Sr. Maximino antes de la suscripción del contrato, para que tuviera oportunidad de analizarla en esa fase de formación de la voluntad negocial.

Por lo que respecta al documento 5, se trata de un acta notarial que incorpora, junto a un correo electrónico remitido al Sr. Maximino por un empleado de la entidad financiera, la copia del documento adjunto de Caixa Sabadell titulado "Simulador intern cobertura interés", con la indicación "Document exclusivament per ús intern de Caixa Sabadell, no es pot lliurar a clients", con cálculos de liquidaciones reales trimestrales de un **swap** de 375.000 euros de nominal, correspondientes al período de 31 de agosto de 2007 a 31 de agosto de 2010. La finalidad de la aportación sería, según la demanda, la antes indicada: mostrar que Caixa Sabadell disponía de herramientas de información de las que no hizo uso al contratar con el actor.

8. El demandante afirma que desconocía el alcance del contrato y estaba convencido de que se trataba de un seguro que el banco le facilitaba por su condición de buen cliente. UNNIM niega que comercializara el "contrato de gestión de riesgos financieros" como un seguro y aduce que el contrato litigioso no contiene ninguna mención al pretendido seguro. Es cierto. No obstante, el documento 45 de la demanda, acta notarial de manifestaciones de 15 de diciembre de 2009, contiene dos copias de la página web de Caixa Sabadell, de 2 de septiembre de 2009 y 15 de

septiembre de 2009. Se trata, concretamente, de la publicidad sobre "Cobertura de tipus d'interès". En la de 2 de septiembre de 2009, se dice:

" Redueixi el risc davant possibles oscil·lacions dels tipus d'interès que afectin a la bona marxa de la seva empresa, estabilitzi les despeses financeres i asseguri els seus resultats amb una assegurança de cobertura de tipus d'interès . Per autònoms, pymes i grans empreses que tenen endeutament referenciat a tipus d'interès variable aquesta és la millor opció per tenir controlat el seu cost.

§ Cobertura de tipus d'interès que permet cobrir un % del risc de tipus d'interès variable del finançament que tingui en el conjunt del sistema bancari. És una assegurança del tipus d'interès que cobreix les oscil·lacions del mercat.

§ La cobertura no té despeses ni comissions de contractació. "

(El subrayado es añadido).

En fecha 15 de septiembre de 2009, en el texto se ha suprimido la mención al seguro. En la demanda se alega que el Sr. Maximino no contrató el producto como consecuencia de la publicidad de Caixa Sabadell, pero considera que es importante cómo se publicitaba, porque de cómo trataba la entidad el producto se deriva cómo lo entendieron directores, subdirectores y el resto del personal y, por tanto, cómo lo explicaron, si es que lo hicieron, a sus clientes.

9. La sentencia, al examinar el error alegado por falta de información, concluye que el demandante, aunque deba ser calificado como cliente minorista, estaba familiarizado con conceptos financieros complejos porque tenía otros negocios en que había suscrito operaciones financieras complejas con cláusulas, si no iguales, sí similares a las incluidas en el contrato de autos. Era titular de acciones cotizadas y obligaciones preferentes y había suscrito préstamos hipotecarios, tanto como obligado principal y promotor, como en calidad de avalista.

Debemos analizarlo. Las operaciones del Sr. Maximino respecto de las que el **swap** debía servir de cobertura eran tres, según las alegaciones de ambas partes y las declaraciones de los intervinientes en el acto del juicio:

1) Un préstamo de 27.700 euros de Caixa Sabadell, a satisfacer en 145 pagos mensuales, a un tipo de interés variable, a partir del primer año, referenciado al Euribor 1 año con diferencial de 1 punto. Se acompaña como documento 1 de la demanda. No consta en el documento la fecha del préstamo, pese a que constituye referencia necesaria para la fijación de los períodos de cálculo. Según el demandante, se habría solicitado para adquirir una furgoneta.

2) Un préstamo hipotecario con La Caixa, de 1 de julio de 2005, contratado por el Sr. Maximino junto con sus cinco hermanos, por un máximo de 280.000 euros, del que se habrían dispuesto 180.000 euros. Solicitado para la rehabilitación de las dos viviendas de Brenes (Sevilla) objeto de la garantía hipotecaria, heredadas de un familiar por los hermanos Maximino , que tenían la intención de venderlas tras la rehabilitación –suponemos que por ello la sentencia asigna al demandante la condición de promotor-. Con tipo de interés variable distinto para las sucesivas fases del crédito. Documento 2 de la demanda.

3) El Sr. Maximino había afianzado solidariamente con su sobrina y el esposo de ésta, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda, contratado con Caixa Sabadell el 8 de noviembre de 2002, por un capital de 170.000 euros.

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

Con tipo de interés variable, a partir del primer año, referenciado al IRPH con diferencial de 0,5 puntos. Documento 3 de la demanda. Por otra parte, el Sr. Maximino admitió en el juicio que tenía acciones de sociedades cotizadas en bolsa (por importe de unos 1.200 ó 2.000 euros), que gestionaba por sí mismo y sin asistencia de terceros, y obligaciones subordinadas de Caixa Sabadell. No se ha alegado ni acreditado en autos que el importe de esas inversiones supere la cifra reconocida por el demandante. En cuanto a las obligaciones subordinadas, el demandante reconoce que las suscribió el 20 de junio de 2006, también a propuesta del empleado de Caixa Sabadell, pero alega que no conocía exactamente sus características y que las contrató porque su rendimiento era superior al depósito a plazo fijo en el que pensaba inicialmente.

El conjunto de datos expuestos, sobre las operaciones del Sr. Maximino, conduce al juez a considerar que el demandante estaba familiarizado con productos complejos como la permuta financiera de autos. En el mismo sentido se manifiesta el escrito de oposición al recurso de apelación, que se refiere a las palabras del Sr. Maximino en el acto del juicio, que nosotros interpretamos de manera distinta. El demandado distinguió, en su declaración, entre las operaciones de bolsa, en que "cualquiera" sabe que pueden subir y bajar y, por tanto, puede perder y ganar y decide asumir ese riesgo, y la contratación del **swap**, en que, según el demandante, no fue él quien decidió sobre los riesgos que asumía, de los que no era consciente porque desconocía el producto y porque no se le había informado sobre ellos.

10. Hemos de regresar, por tanto, a la cuestión de la información facilitada. El hecho de que el Sr. Maximino, una persona que afirma que no tiene estudios en general ni, específicamente en materia financiera -no se acredita lo contrario y la prueba del hecho negativo es diabólica-, realizara por su cuenta operaciones sobre acciones y se familiarizara con esa concreta operativa y, a la vez, contratara individualmente un préstamo ordinario de 27.000 euros; un préstamo hipotecario con sus hermanos y una fianza a favor de sus sobrinos, en otro préstamo hipotecario, no nos permite concluir que conociera la naturaleza, las características y los riesgos de un producto como la permuta financiera ni que le fuera facilitada por Caixa Sabadell, antes de la firma del contrato, la información precontractual exigida por la normativa antes citada. La falta de prueba de ese hecho debe ponerse a cargo de la parte demandada: i) se encuentra en mejores condiciones para acreditar que facilitó la información adecuada, ya que es sobre ella sobre quien pesaba esa carga y quien se ocupó de documentar el contrato, principio de facilidad probatoria del artículo 217.7 LEC; ii) no puede exigirse al demandante la prueba del hecho negativo de la falta de información. En consecuencia, no puede tenerse por probado que se entregara al Sr. Maximino otra información sobre el contenido del contrato que la que consta en el propio contrato, cuyo contenido principal se ha resumido en el fundamento de derecho

11. La parte demandante alega que la falta de información le generó un error que vició su consentimiento. Conforme al artículo 1266 del Código civil (CC), el error, para tener efecto invalidante del consentimiento, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que es objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de ésta que principalmente hubiesen dado lugar a firmarlo. No parece discutible que, en el caso que nos ocupa, el error afectó a las circunstancias esenciales como son las que constituyen el objeto del contrato y los riesgos que implican las prestaciones aleatorias asumidas. Una jurisprudencia constante ha interpretado que el error, para invalidar el contrato, ha de ser, además, excusable, es decir, no imputable a quien lo padece y no evitable con una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. En caso contrario, el ordenamiento ha de proteger a la otra parte contratante que ha confiado en la

declaración prestada. En la valoración de la excusabilidad del error, no podemos obviar el contexto, un contrato entre el banco y un cliente, objeto de la normativa ya citada que exige un cuidado especial en que la información de la entidad bancaria sea clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar interpretaciones incorrectas, y poniendo de relieve los riesgos que cada operación comporta, en especial cuando se trate de productos financieros de alto riesgo.

En el juicio no ha quedado claro cuál fue el motivo por el que se ofreció al Sr. Maximino el **swap** en examen. El recurso de apelación insiste en preguntar para qué necesitaba el demandante la permuta financiera contratada. Según la declaración del empleado de la demandada, se perseguía fijar los costes financieros del actor. Sin embargo, afirma el recurso, se estableció un nominal de 375.000 euros cuando el demandante solo pagaba una cuota mensual de 232 euros por el crédito para la compra de una furgoneta y una sexta parte (116 euros) de la cuota hipotecaria para la reforma de la casa de Sevilla. Las cuotas del préstamo hipotecario afianzado las pagaban regularmente los deudores directos, prestatarios, y en ningún caso el fiador, tal como ha reconocido el apoderado de la sucursal bancaria. No compartimos, por tanto, la conclusión de la sentencia del juzgado sobre el equilibrio entre el nivel de riesgo del actor y el nivel de cobertura del **swap** contratado. Es posible que el Sr. Maximino hubiese podido evitar el error si hubiese empleado una mayor diligencia, pero consta, mediante las declaraciones en el juicio, la relación de confianza del demandante con Caixa Sabadell -cliente de la oficina de Pallejà desde su apertura- y, en concreto, con el empleado que le propuso la suscripción del contrato -un **swap** que el actor no había contratado nunca antes. Esa relación de confianza puede justificar que el cliente confíe en un producto que el banco le ofrece como muy beneficioso para sus intereses y, en ese contexto, consideramos el error excusable.

12. La sentencia impugnada razona que el actor disponía del plazo de siete días entre la firma del contrato y su entrada en vigor, para desistir o pedir aclaraciones, y no lo hizo. UNNIM insiste en ese hecho. Sin embargo, el momento adecuado de la información es, por razones obvias, el previo a la prestación del consentimiento, no el posterior a la firma del contrato, y el error debe valorarse respecto del momento de la contratación, cuestión distinta es que se descubra poco o mucho más tarde. Por otra parte, en el contrato no consta una previsión que reconozca al cliente la facultad de desistir antes de la fecha pactada como inicio de la cobertura ni se acredita haber informado en ese sentido al demandante. En todo caso, éste alega que solo advirtió el error mucho tiempo después, cuando comenzaron las liquidaciones negativas. Por tanto, aun cuando podría haberlo apreciado antes, no consta que así ocurriera y ese dato ni convierte el error en inexcusable ni permite poner a cargo del demandante el exigente deber de información que pesa sobre la entidad crediticia. En cuanto a la cancelación anticipada del contrato a instancia del Sr. Maximino, tal como se expone en la sentencia del juzgado, el actor reconoce en su declaración en el juicio que la parte contraria, finalmente, no le ha reclamado por ese concepto cantidad alguna. UNNIM, en su escrito de oposición al recurso, destaca que el demandante no ha sufrido pérdida alguna por esa causa. Ahora bien, lo que afirma UNNIM es que no ha habido reclamación, no que haya renunciado a reclamar o se haya llegado a un acuerdo de carácter definitivo en ese sentido. Por tanto, la problemática derivada del déficit de información alegado sobre la cancelación anticipada del contrato subsistiría, en principio, en toda su amplitud. Por otro lado, constan en autos las reiteradas reclamaciones extrajudiciales del demandante a diferentes órganos de la entidad demandada y a instituciones diversas (desde la Comisión Nacional del Mercado de Valores al Defensor del Pueblo), que incluyen la queja por la falta de información sobre los costes de cancelación del **swap** a instancia del cliente y por las cuantías muy diferentes exigidas por ese concepto al Sr. Maximino en un breve espacio de tiempo.

La declaración en el juicio de la directora de la oficina bancaria no aporta claridad a la cuestión y, a la vista de los documentos aportados, debemos concluir que también en esta materia la única información que se acredita facilitada al demandante es la que consta en la letra pequeña del dorso del contrato (cláusula 5ª) que no explicita cuál sea el criterio de cálculo de los costes asociados a la cancelación (*se le repercutirán los costes y perjuicios que esta cancelación haya ocasionado a la Caja*).

La estimación de la pretensión de nulidad del contrato por no haber facilitado la entidad bancaria información suficiente sobre el alcance del contrato y los riesgos asumidos, generando un error del cliente que vició su consentimiento, releva de examinar el segundo motivo de nulidad alegado, sobre el carácter abusivo de las cláusulas.

Por las razones expuestas, estimaremos el recurso de apelación y la demanda de don Maximino .

13. La estimación del recurso de apelación determina que no se impongan las costas de la segunda instancia (artículo 398.2 LEC). En cuanto a las costas de la primera instancia, la variedad de criterios que sobre las cuestiones controvertidas están manteniendo los diversos órganos jurisdiccionales y la inexistencia de criterio expresado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, conduce a apreciar serias dudas de derecho que han de fundamentar la no imposición de costas (artículo 394.1 LEC).

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por don Maximino contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número 10 de Barcelona el 22 de marzo de 2012 , en el juicio ordinario número 293/2011, seguido a instancia de don Maximino contra UNNIM BANC, S.A. como sucesor de la Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa.

Revocamos la sentencia del juzgado.

Estimamos la demanda interpuesta por don Maximino , contra UNNIM BANC, S.A.

Declaramos la nulidad del "Contrato de gestión de riesgos financieros" suscrito entre actor y demandada el 23 de mayo de 2007 (código cuenta gestión riesgos financieros 20590675486600002184) y la nulidad de las liquidaciones practicadas con base en el contrato.

Condenamos a las partes a devolverse las cantidades pagadas como consecuencia de las liquidaciones practicadas, con sus intereses legales.

No imponemos las costas de ninguna de las dos instancias.

Devuélvase al apelante el depósito prestado para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Firme esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento.

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