

## JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5

### LORCA

SENTENCIA: 00079/2010

### SENTENCIA

En Lorca, a veintitres de julio de dos mil diez.

MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ TOBARRA, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario; seguidos ante este Juzgado con el nº 1081/2009, en el que han sido partes, como demandante, --- --- S. A., representada por el procurador SR. DÍAZ GONZÁLEZ DE HEREDIA, y asistido del letrado DON CARLOS ARNAU MARTÍNEZ, y como demandado BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S. A. , representado por el procurador DON PEDRO ARCAS BARNÉS , y asistido del letrado DON ANGEL R. CLIMENT SERENA, y en atención a los siguientes,

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 13 de octubre de 2.009 se presentó por la representación procesal de la parte actora escrito de demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, y en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando que se dictare sentencia por la que se declarase la nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos entre las partes en fecha 29-4-2004 y otro de fecha 6-10-06 y se condene a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 34.280,02 euros, más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia de las operaciones financieras hasta ejecución de sentencia, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo. Subsidiariamente se solicita que se declare resuelto los contratos citados con los mismos pronunciamientos de condena, y todo ello con expresa condena en costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó el emplazamiento de la demandada, la cual en término legal compareció en autos, asistida de letrado y representada de procurador, y contestó a la demanda en el sentido de oponerse a la misma y solicitar la desestimación íntegra de la demanda interpuesta de contrario.

**TERCERO.-** Señalada la audiencia previa, la misma se celebró el día 27 de mayo de 2.010, en la cual las partes se afirmaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, solicitando el recibimiento del juicio a prueba y proponiendo cada parte las que

estimó de aplicación, siendo admitidas todas y dada una de ellas, practicándose las mismas, a excepción de la testifical de Don Alejandro Gálvez, por no haber podido ser citado, formulando las partes conclusiones y quedando las actuaciones conclusas para sentencia, por providencia de fecha 6-7-10.

**CUARTO.-** En la tramitación de estos autos se han observado en esencia los preceptos y prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se ejercita por la actora acción personal de carácter contractual a fin de obtener la declaración de nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés (Swaps), suscritos con la entidad demandada los días 29-4-04 y 6-10-06, y ello por falta de consentimiento, la haber sido prestado el mismo por dolo y/o error debido a la falta de información por parte de la entidad demandada sobre la verdadera naturaleza del contrato suscrito. Se alega igualmente el carácter de consumidor de la actora en la relación contractual y que el contrato ofertado por la demandada no se ajusta al perfil de la actora. Subsidiariamente se solicita la resolución del contrato por incumplimiento por parte de la entidad demandada de su obligación de informar.

La demandada se opone a la acción ejercitada y sostiene que no existe vicio en el consentimiento y que la actora fue debidamente informada de los riesgos del contrato, así como que la actora es una mercantil con un importante volumen de facturación y dispone de una adecuada estructura para desarrollar su objeto, y que su legal representante era perfecto concededor del producto y perfectamente asesorado, que conocía lo que firmaba y que libremente firmó los contratos cuya nulidad se pretende.

**SEGUNDO.-** El contrato cuya nulidad se solicita ha sido calificado por ambas partes como una permuta financiera de tipos de interés (Swap). Es éste un contrato mercantil nuevo y atípico, importado del sistema anglosajón a fin de satisfacer necesidades concretas de los agentes económicos en un mercado financiero de ámbito internacional y en constante evolución. En su versión Swap de tipo de interés se puede definir como un contrato financiero suscrito entre dos partes, usualmente un banco y una empresa, aunque también pueden ser dos empresas, que acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos a un plazo determinado. Tales coeficientes se denominan, como es usual en el mercado financiero tipos de interés, aunque no son tales, puesto que no existe préstamo del capital acordado, que únicamente se fija como quantum de referencia. La finalidad de este contrato es posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las pérdidas que puedan padecer a consecuencia de las fluctuaciones de tipos de interés, de modo que siendo un empresa prestataria, por ejemplo, a tipo fijo y esperando una caída generalizada de los tipos de interés, puede contratar con una entidad financiera un límite o quantum de idéntico importe a su préstamo e interés variable, por un plazo determinado, pactándose que la entidad financiera le pagará los diferenciales

en caso de caer efectivamente los tipos; o bien, por el contrario, obtener un tipo fijo, cuando se tiene suscrito un interés variable, presumiblemente desfavorable. Se trata de contratos atípicos, pues no están regulados en norma alguna, aunque existen disposiciones, especialmente de carácter fiscal que los mencionan. Es un contrato único, que genera diversas relaciones obligatorias; es un contrato consensual, se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades; es bilateral, pues genera obligaciones a cambio de ambas partes. Es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca, o más bien una interdependencia entre las prestaciones de las partes, de modo que cada una actúa como contravalor de la otra. Es un contrato de duración continuada, que no se agota que no se agota en la realización de una sola prestación, y cuya finalidad no es especular, sino mejorar la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección frente a fluctuaciones de los mercados financieros.

**TERCERO.** - En cuanto a la carga probatoria en la nulidad pretendida, hemos de tener en cuenta la la S.A.P. valencia de 26-4-06 que establece que en el caso de productos de inversión, la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante legal en defensa de los intereses de sus clientes”.

Para que el consentimiento sea válido, ha de ser un consentimiento informado, es decir, el contratante ha de haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye, así como los derechos y obligaciones que en virtud del contrato adquiere. Para ello es fundamental la fase de negociación precontractual, en la que cada uno de los contratantes ha de poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado, de tal suerte que si el contrato llega a perfeccionarse lo haga convencido de que los términos en que aquel se concreta responden a su voluntad negocial. Si este deber de suministrar información a cualquier negociación in contraendo, conforme a los postulados de la buena fe contractual (art. 7 C.C.), adquiere en la contratación bancaria y con las entidades financieras en general carácter de obligación legal por la complejidad y por la posición de superioridad que en la contratación ostentan las entidades bancarias y financieras frente a sus clientes.

En los últimos años se han dictado disposiciones que establecen códigos y normas de conducta de las entidades bancarias que tienden a proteger al cliente tanto en la fase precontractual, mediante mecanismos que garanticen la transparencia del mercado y la adecuada información, como en la fase contractual, mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio entre las prestaciones. Así, la Ley de Mercados de Valores de 28-7-85, vigente a la fecha de celebración de los contratos litigiosos, y que expresamente incluía en su ámbito de aplicación a las permutas financieras, cuyo objeto sean los tipos de interés, imponía a la entidad un deber de comportamiento diligente y transparente en interés de su cliente y de asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos. Por su parte, el R.D.

629/93 de 3-5, también vigente a la fecha de los contratos, incorporaba un como anexo un código general de conducta en los mercados de valores, que si bien iba dirigido a proteger al cliente en su faceta de inversor, resulta plenamente aplicable al supuesto de autos. En dicho anexo se establece la obligación de las entidades de proporcionar a sus clientes una información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su correcta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos de cada operación conlleva de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata con el fin de evitar malentendidos.

Dada la peculiaridad, complejidad y en muchas ocasiones el carácter novedoso de algunos productos bancarios, la omisión por parte de la entidad financiera en el suministro de información o el carácter deficitario de la suministrada, conlleva que el cliente haya adquirido una noción incorrecta del producto y del coste económico que el mismo le va a suponer, por lo que el consentimiento nace viciado y permite anular el contrato si el error recae sobre elementos esenciales del mismo, sin que pueda invocarse la demandada la omisión por parte del cliente de la diligencia contractual exigible, es decir, que el error es inexcusable, ya que la propia complejidad de los productos que las entidades diseñan y ofrecen a sus clientes hacen difícil que el cliente minorista pueda con una diligencia media o regular vencer el error.

En el supuesto de autos, del resultado de la prueba practicada, ha de concluirse que la entidad demandada no ofreció a través de sus empleados la información clara, precisa y sin omisiones significativas sobre el producto contratado. Así, en el escrito de contestación, el demandado manifiesta que el contrato es un seguro de tipo de interés, (fol. 4) en consonancia con el resultado del interrogatorio del actor, que manifestó que el banco se lo ofreció como un seguro, diciéndole el Sr. Gálvez, empleado del banco con quien trató que no le iba a costar dinero. Por su parte, los testigos asistentes al acto del juicio, empleados de Banesto, Don José Cárcelos Asensio, que intervino en el contrato, manifiesta que el mismo se explicó por un gestor especializado, con el cual mantiene el cliente distintas reuniones para que conozca el producto, pero él sólo firmó y dio copia. Así mismo, Don José Laderas López, que igualmente firmó el contrato, manifiesta que informan los comerciales. Pues bien, ¿Quién fue el gestor o comercial que informó al actor?. Si éste existió, el banco debe de conocerlo y traerlo a juicio, lo que no ha ocurrido en ningún momento, siendo significativo que el Sr. Gálvez, a quien se dirigió el actor, empleado de Banesto y citado en el Banco no haya sido traído a juicio manifestando que es desconocido, ¿No será más bien que no le ha interesado su declaración por si le podía perjudicar?. Los otros testigos, también empleados de Banesto, El Sr. López Conesa, ni siquiera recordaba los contratos, pero no obstante, manifiesta que le aconsejó la reestructuración, y que no le dijo que no le iba a costar dinero, aunque tampoco manifestó que le informase de que le costaría dinero según se comportasen los tipos de interés en el futuro, y en ningún momento manifestó haberle dado la información necesaria, y Don Adrián Argilés, igualmente admite que preparó el producto de 2.006, y que se explica el producto al cliente, pero tampoco dijo

que fuera él el que se lo explicó, así como que previo a la firma de hace un estudio y el cliente lo tiene para su estudio. ¿Donde está la prueba de dicho estudio previo y la entrega al cliente?. De todo ello podemos deducir que el cliente no conocía los riesgos del producto, porque el banco no proporcionó al actor una información detallada y precisa, y que sin duda pensó que lo que contrataba era un seguro que le protegiera frente a la subida de tipos de interés.

Alega igualmente la demandada que los contratos fueron firmados por el cliente, y así lo reconoce efectivamente el mismo, pero se ha de tener en cuenta que son contratos de adhesión redactados de forma oscura y con un lenguaje poco común, muy técnico y sin que su comprensión esté al alcance de cualquiera, y debiendo indicarse igualmente que la empresa no era la indicada para este tipo de productos, tal y como alega la demanda, pues el hecho de que cuente con treinta trabajadores no supone en modo alguno que tenga una estructura organizativa con departamentos de administración y contabilidad, con capacidad para evaluar y entender lo que contrataba, puesto que el legal representante de quien no se han demostrado conocimientos financieros en absoluto, manifestó que era él mismo quien negociaba con los bancos y que su empresa disponía de un contable, lo que no se considera en absoluto suficiente para excluir el error alegado.

A la vista de todo lo expuesto procede estimar íntegramente la demanda y declarar nulo el contrato con los efectos previstos en el art. 1.303 del C.c.

CUARTO.- Las costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la L.E.C., deben imponerse a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

ESTIMAR la demanda formulada por el/la Procurador/a de los Tribunales Don/Doña SALVADOR DÍAZ GONZÁLEZ DE HEREDIA, en nombre y representación de --- ---, S. A. , contra BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S. A., representado por el procurador DON PEDRO ARCAS BARNÉS, declarando nulos los contratos de permuta financiera de tipo de interés suscritos entre las partes el día 29-4-04 y 6-10-06, y en su consecuencia la condena de la demandada a abonar a la actora la cantidad de 34.280,02 euros, así como las cantidades que desde la fecha de la demanda y hasta la fecha de esta sentencia se carguen o hayan cargado al cliente a consecuencia de las liquidaciones practicadas en virtud de los contratos litigiosos, así como los intereses legales de las cantidades cargadas desde la fecha de los respectivos cargos, con expresa condena en las costas de esta instancia a la parte actora.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de apelación en el plazo de CINCO DIAS, mediante escrito, que reúna los requisitos del artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento



Civil, ante este juzgado, para su conocimiento y fallo, en su caso, por la Ilma. Audiencia Provincial de Murcia.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales por el/la Sr./a. Secretario/a Judicial, administrando justicia en nombre de S.M. El Rey y juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Juez que la dictó, hallándose celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha. DOY FE.

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.