

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2  
MAÓ**

SENTENCIA: 00105/2010

PROCEDIMIENTO: ORDINARIO N° 120/10

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCION  
N° 2 DE MAHON**SENTENCIA 105/10**

En la ciudad de Mahón, a 13 de julio de 2010.

Vistos por mí, D. Carlos Javier García Diez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de esta ciudad, los autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado registrados bajo el número 120 del año 2010, a instancia de la CAIXA RURAL DE BALEARES SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO, con domicilio social en Palma de Mallorca, representada por la Procuradora Sra. Pérez y defendida por la Letrada Sra. Villalonga contra D. [REDACTED], mayor de edad, vecino de Mahón, con domicilio en la [REDACTED]. [REDACTED], representado por la Procuradora Sra. Miró y asistido del Letrado Sr. Emaldía. Es parte también, a raíz de la reconvenición de la parte demandada frente a sujeto distinto del demandante, BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S.A., con domicilio social en Madrid, representado por la Procuradora Sra. Pérez y defendido por el Letrado Sr. Sáez, versando los presentes autos sobre acción de responsabilidad contractual en reclamación de cantidad y reconvenicional de nulidad contractual y atendiendo a los siguientes,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la Procuradora de la parte demandante, obrando en la indicada representación, en fecha 19-02-10 se presentó demanda sobre acción de responsabilidad contractual en reclamación de cantidad contra la demandada relacionada en el encabezamiento de esta resolución. Incorporaba con la misma los documentos procesales y de fondo en que apoyaba su pretensión y acababa suplicando que, tras los oportunos trámites, se dictara sentencia por la que se condenara al demandado a lo interesado en el suplico de la demanda y que

aquí se da por reproducido con remisión al mismo, así como al pago de las costas. Mediante diligencia de ordenación de fecha 22-02-10 se requirió a dicha parte para que subsanara la no aportación de la tasa de liquidación, requerimiento que fue atendido en fecha 10-03-10.

SEGUNDO.- Por auto de fecha 11-03-10 se admitió a trámite dicha demanda y se acordó dar traslado de una copia de la demanda y de los documentos que la acompañaban a la parte demandada a fin de que en el plazo de 20 días contestara a la demanda, trámite que fue verificado por la demandada en tiempo y forma. A un tiempo planteó reconvencción frente a sujeto distinto del inicialmente demandante que fue admitida a trámite mediante auto de fecha 16-04-10 en el que se acordó dar traslado de una copia de la demanda reconvenccional y de los documentos que la acompañaban a dicho tercero a fin de que en el plazo de 20 días contestara, trámite que fue verificado por el interesado en tiempo y forma.

TERCERO.- Mediante providencia de fecha 2-06-10 se acordó señalar para la celebración de la audiencia previa el día 14-06-10, luego pospuesta al día 18 por imposibilidad de la Letrada de la parte demandante y llegado que fue el día señalado la misma tuvo lugar con la asistencia de las partes y/o de sus representantes legales, audiencia que se desarrolló con el resultado que se refleja en el acta levantado por el Secretario Judicial y en la grabación realizada a tenor de lo dispuesto en los arts. 146 y 147 de la LEC. Tras ratificarse en sus escritos de alegaciones y ante la imposibilidad de acuerdo, el acto prosiguió para sus restantes finalidades con la proposición y admisión de la prueba con el contenido y alcance que se refleja en el acta de la audiencia previa. Finalmente se señaló fecha para la celebración de la vista el día 13-07-10.

CUARTO.- Llegado que fue el día señalado la vista tuvo lugar con asistencia de todas las partes y/o de sus representantes legales por lo que se procedió a la práctica de la prueba propuesta y admitida tras lo cual se dio traslado a las partes para que formularan oralmente sus conclusiones.

QUINTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora una acción de responsabilidad contractual de reclamación de cantidad que trae causa en el contrato bancario de cuenta personal suscrito con la parte demandada de fecha 14-06-01 ( doc. n° 1 ) y que a fecha 23-10-09 arrojaba un saldo deudor de 7.293,86 € ( doc. n° 2 ). Este saldo deudor trae causa en la liquidación cargada en esa c/c del Banco Cooperativo Español S.A. a resultas de un contrato financiero suscrito con el demandado ( doc. n° 3 ) y vinculado a esa cuenta.

El demandado se opone a la demanda. Admite la existencia del contrato bancario de cuenta personal suscrito con la parte demandada de fecha 14-06-01 pero niega todo lo demás al haber ordenado expresamente a su banco no aceptar el cargo indicado ( doc. n° 1 a 8 ) al traer causa en un producto financiero consistente en una permuta financiera o SWAP denunciada por fraudulenta ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España que a su vez lo remitió a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Al desoír sus instrucciones el banco habría incumplido la Ley 16/09 de Servicios de Pago por no rechazar dicho cargo. Formula el demandado reconvencción frente al Banco Cooperativo Español S.A. con quien suscribió dicho contrato el pasado día 7-08-07. Denuncia que su banco le ofertó este producto como algo extraordinario para asegurarse de las subidas del euribor así que siguiendo sus consejos optó por firmar el contrato y documentos anexos entre los que se encontraba la contratación de un aval de 5.300 € ( doc. n° 1 bis a), 1, 2, 3 y 4 ). Para explicarle el funcionamiento del producto le hicieron una simulación del mismo por el agente comercial del banco ( doc. n° 5 ) resultando ser la misma engañosa porque para nada contemplaba las consecuencias reales en caso de bajada del euribor; era, además, un contrato desproporcionado y abusivo porque no había techo para la bajada del euribor ( supuesto en que paga el cliente ) y sí para el caso de subida por encima del 5,40 % ( supuesto en el que el banco sólo retribuía el 0,10 % ); destaca la complejidad del contrato y su difícil comprensión para un ciudadano medio como es él lo que exige, en aplicación de la normativa citada, extremar al máximo el rigor explicativo del mismo por parte de la entidad financiera para que el cliente sepa en todo momento lo que contrata y nada de esto se hizo, aportando incluso un dictamen de economista en tal sentido ( doc. n° 23 ). El resultado de todo ello se ha traducido en que tras la bajada del euribor de forma acuciante desde finales del año 2008 los cargos que tenía que soportar eran muy elevados ( doc. n° 5 bis, 5 bis a), 6, 6 bis, 6 bis a), 7 y 7 bis ) y de ahí la negativa suya a aceptarlos por las razones expuestas ( doc. n° 8 a 16 ) y su denuncia de nulidad del contrato ( doc. n° 17 a 22 ). Por todo ello pide la declaración de nulidad del mismo y de sus anexos con devolución de las recíprocas prestaciones entre las partes ( aunque luego se contradice al indicar que el abono recibido no tenga que devolverlo por aplicación del art. 1.306.2 del CC ).

La actora, contesta a la demanda reconvenicional, alegando falta de legitimación pasiva por no ser parte en el contrato de permuta financiera cuya nulidad se demanda. Niega que se ofreciera al cliente un seguro sino un producto financiero para " cubrir " la variación del tipo de interés de



referencia ( euribor ) en el contrato de formalización de préstamo hipotecario que suscribió el 13-03-07 ( doc. nº 1 ) por importe de 212.700 €, niega así mismo que se le apremiara a firmar este contrato o que no se le explicara el alcance real del mismo y su funcionamiento. Su labor como entidad bancaria que comercializa este producto fue correcta y así se desprende del propio contenido de los documentos firmados en los que se explica con detalle su alcance y consecuencias, incluso con ejemplos ( se remite al mismo doc. nº 5 de la contestación ); otra cosa bien distinta es que nadie podía prever el escenario financiero que sobrevino a finales del año 2008 de lo cual no es responsable el banco. El cliente firmó lo que quiso, tuvo tiempo suficiente para meditarlo o incluso haber pedido aclaración o desistido del producto antes de su comercialización prevista para el 19-09-07 y lo hizo con conocimiento pleno del mismo, incluso aceptando un primer abono a su favor de 1.205,77 € y sin que se vulnerara ninguna normativa al respecto, ni de información ni de comercialización de este producto, admitido desde hace años por el Banco de España. Además, este cliente en concreto, es conocedor como administrador de varias sociedades mercantiles del funcionamiento del mercado y no puede alegar desconocimiento del tema ni le resulta de aplicación de Ley de Consumidores y Usuarios porque no es tal. En definitiva, el contrato es correcto, no se puede alegar vicio en el consentimiento ni error provocado por la otra parte contratante.

El tercero reconvenido Banco Cooperativo Español S.A. orienta su contestación básicamente en el mismo sentido. Niega que haya desequilibrio en las prestaciones y para ello explica el funcionamiento del producto, aporta algunas resoluciones del Banco de España en casos similares dando carta de validez al mismo. Sigue la misma línea argumental de oposición que la otra entidad bancaria en los distintos aspectos denunciados por el cliente dando especial prevalencia al hecho de que el cliente no era un simple trabajador sino socio y administrador de dos empresas mercantiles con alcance financiero. Niega, igualmente, error o vicio en el consentimiento, falta de diligencia de su parte en las labores de explicación del producto y comercialización del mismo o que se haya vulnerado la normativa relativa a las prácticas bancarias y a los consumidores y usuarios. El producto contratado es, por lo demás, correcto, reconocido y amparado por esa misma normativa.

SEGUNDO.- Estamos ante un contrato de permuta financiera conocido como swap. Existe una amplia variedad de modalidades, pudiendo definirse como un contrato por el que normalmente un banco y una empresa acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente (en nuestro



caso, tipos de interés fijos y variables) para cada uno de ellos, a un plazo determinado. En el caso enjuiciado, sobre un nominal de 200.000 € y por un plazo de cuatro años, el cliente se comprometía a pagar anualmente al banco la suma correspondiente, según liquidación, para el caso de que el índice de referencia estipulado ( Euribor a 12 meses ) no alcanzara el tipo fijo pactado del 4,77 %, mientras que el banco se comprometía a pagar al cliente anualmente la suma correspondiente, según liquidación, para el caso de que el índice de referencia estipulado ( Euribor a 12 meses ) superara el tipo fijo pactado del 4,77 % pero hasta un tope del 5,40 % que de superarse implicaría para el banco que su obligación únicamente sería la de pagar una bonificación consistente en 0,10 puntos porcentuales. La finalidad que se pretende con estos contratos para el cliente es la mejora de la financiación de una operación, en este caso de préstamo hipotecario, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente al alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian lo que no deja de ser una apuesta sobre la evolución de los tipos de interés en la se puede ganar o perder.

Como se explica en la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Alcalá de la Real de 6-06-08, citada en la contestación a la demanda, " *Dentro de las principales características que enmarca el contrato de swap tenemos las siguientes:*

*Es un contrato principal.- no depende de ningún contrato subyacente.*

*Genera reciprocidad de derechos y obligaciones.*

*Es un contrato consensual, se perfecciona, desde el momento de que las partes se hacen mutuas concesiones, vale decir hacerse pagos recíprocos de acuerdo con los términos previstos en el contrato.*

*Es un contrato oneroso y aleatorio.*

*Es un contrato sinalagmático, que genera derechos y obligaciones para ambas partes, la estructura y el funcionamiento de la relación obligatoria que crea el swap tiene carácter sinalagmático, puesto que existe una interdependencia o nexo causal entre los deberes de prestación, de modo que cada uno de ellos actúa como contravalor del otro. El sinalagma es genérico por que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa de la que queda obligada a realizar su propia presentación; a la vez el sinalagma es funcional por que los dos son deberes de prestación funcional entrelazados y debe cumplirse simultáneamente.*



doramiro.com

*El swap es de carácter conmutativo, las partes conocen sus obligaciones y deberes que son equivalentes desde el momento mismo de celebración del Contrato.*

*El término de cumplimiento o de ejecución.- El contrato de swap, se establece en una cláusula específica en la que se detalla las fechas de vencimiento de pagos a cumplir por ambas partes ".*

TERCERO.- Dicho cuanto antecede podemos centrar la pretensión de nulidad de la parte demandada en dos premisas, una sería que existe un vicio grave en el consentimiento que lo invalida por falta de información adecuada de lo que es el producto que induce a error o engaño en el cliente acerca de lo que realmente representa, de sus riesgos y alcance, máxime a tenor de su carácter complejo y nada asequible al entendimiento de una persona inexperta en temas financieros, y la otra sería que estamos ante un contrato abusivo, desproporcionado por cuanto no guarda un justo equilibrio de las prestaciones entre las partes colocando al usuario en clara posición de inferioridad y que vulnera la normativa relativa a la contratación con consumidores y usuarios. Procede su análisis por separado:

A) Nulidad por vicio grave en el consentimiento.

La parte actora hace una cronología de lo que han sido los antecedentes previos que llevaron a la firma de este contrato y que se han descrito con detalle en el FD 1º de esta resolución y que son los mismos, interpretados desde otra óptica, que usan las entidades bancarias para negar que existiera tal vicio en el consentimiento. Así, frente al argumento del cliente de que firmó ante la premura y precipitación exigidas por el empleado del banco que le atendió invocándole la caducidad inmediata de la oferta, las entidades bancarias responden que para nada existió esta especie de " presión ", que el cliente fue libre en todo momento de firmar lo que quiso y que incluso, una vez firmado el contrato el 7-08-07, dispuso de casi dos meses ( el 19-09-09 la cobertura del mismo entraba en vigor ) para releerlo y, si lo consideraba oportuno, denunciarlo; frente al argumento de que no se le explicó el funcionamiento del producto y que únicamente se le hicieron unos cálculos manuscritos que ambas partes aportan y que no reflejan el verdadero alcance y riesgo del mismo ante bajadas drásticas del euríbor o ante un posible desistimiento anticipado del mismo por el cliente, las entidades bancarias responden que precisamente esos cálculos que se hicieron por un empleado del banco son fiel reflejo de que se explicó de forma clara y comprensible el funcionamiento del producto con simulaciones en caso de bajada o de subida del euríbor y que el cliente siempre tuvo la oportunidad de pedir más información al propio banco o a terceras personas sobre este producto, no constando que hiciera ni lo uno ni lo otro; frente al argumento de que el cliente en general y tal es el caso, desconoce el verdadero



contenido del producto dado que no es un experto financiero, estando en la creencia que contrataba un seguro para las subidas del euribor, las entidades bancarias argumentan que se omite por el interesado señalar que este producto forma parte de una operación de préstamo hipotecario como la descrita, que para nada consta en ningún sitio la expresión " contrato de seguro ", que nunca se ofertó ningún seguro sino un contrato de cobertura de riesgos con prestaciones recíprocas para las dos partes, una permuta financiera y que el demandado no es un inexperto en la materia como pretende hacer creer al ser socio y administrador de varias empresas cuyo objeto social, al menos una de ellas, son los negocios inmobiliarios en el que este tipo de operaciones están a la orden del día.

El consentimiento es un requisito esencial cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (Sentencia T.S. 20 de abril de 2001). Uno de los motivos que da lugar a la nulidad del contrato por defectos del consentimiento es el error, tal como establece el artículo 1261 del Código Civil, pero para que el error invalide el consentimiento, tal como establece el artículo 1266 del Código Civil, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración. Es doctrina legal recogida en la STS 10/4/99 de 6 de febrero, de 18 de abril de 1978, que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (Sentencias de 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964, de 1 julio 1915 y 26 diciembre), que no sea imputable a quien lo padece (Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (Sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963).

De otra parte, según la jurisprudencia, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los requisitos de auto responsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil. Es inexcusable el error (Sentencia 4 enero 1982, de 18 febrero 1994), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de



la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración.

Finalmente, ha de señalarse que, como establece la Sentencia de 30 mayo 1991, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (Sentencias de 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968, anteceditas y seguidas por otras en el mismo sentido), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él.

Pues bien, trasladada esta jurisprudencia y normativa al caso de autos se llega a la conclusión de que no existe tal error invalidante que sea causa de nulidad del contrato. Ante todo hemos de reseñar que estamos hablando en realidad de tres contratos que forman parte de una misma operación tipo, el contrato denominado " EURIBOR PLAN PREVER - 9.7 E12 " firmado en fecha 7-08-07 que define como objetivo " cubrir el posible riesgo de subidas de tipo de interés, dando la oportunidad de cubrir todo o parte del endeudamiento que la empresa tenga a tipo de interés variable, mediante un atractivo producto que combina un tipo fijo y un tipo variable bonificado si se producen determinadas circunstancias ". A continuación se detalla los periodos de cobertura, de liquidación y la mecánica del producto; el denominado " contrato marco de operaciones financieras " y anexo de fecha 14-08-07 que es el que explica el contenido minucioso de la operación, define vocablos y régimen jurídico del mismo; y el documento denominado " Confirmación de operación de equity swap " de fecha 22-08-07 que como su nombre indica confirma el anterior prevaleciendo en caso de discrepancia. Por cierto, el Sr.

expone que todos ellos se firmaron en unidad de acto en el mes de noviembre y no en la fecha que consta en el pie de cada documento, extremo corroborado por su padre, testigo en este acto y corroborado por el perito Sr.

por cuanto el euribor actual que se reseña dentro del apartado " ventajas del producto " es el que cotizaba a día 15 de noviembre exclusivamente ( tomando como referencia el segundo semestre de 2007 ). A su vez estos contratos debemos ponerlos en relación con el contrato de préstamo hipotecario de 202.700 € de fecha 9-05-07 suscrito por la mercantil

que tiene por objeto el comercio inmobiliario, según se hace constar en dicho contrato y cuyo administrador único es el Sr. Pons. Además se acompaña información mercantil de esta sociedad con activos declarados en el año 2009 de más de €.

Del contenido del contrato puesto en duda se desprende que, aunque complejo en su redacción por la multitud de vocablos financieros empleados, todos ellos definidos, su mecánica de





funcionamiento es sencilla y queda claro con su lectura cuando menos que en función de que los tipos de interés suban o bajen a tenor de un tipo fijo convenido y en la fecha de liquidación anual pactada, en este caso el 4,77 %, es el banco o el cliente, respectivamente, quien tiene que pagar. El apartado operativa del producto es muy claro en su redacción y explica de forma sencilla lo que se acaba de exponer y aporta un cuadro gráfico para su mejor comprensión. Es más, si el Sr. , como él afirma, no fue convenientemente asesorado o no entendió bien la mecánica del producto que contrataba, en modo alguno puede entenderse que sea esencial e inexcusable tal error, en la medida que, de existir el citado error, pudo éste fácilmente evitarse por el ahora demandante con una mínima diligencia consistente en la lectura de los documentos, máxime si como se ha acreditado, en el mes de julio se le dio traslado al menos del primero de los documentos descritos en el que se detalla su funcionamiento y no firmó hasta el mes de noviembre. Como dice la jurisprudencia citada, el error no debe ser imputable a quien lo padece y que no puede trasladarse las consecuencias del mismo a quien no ha obrado de forma diligente para evitarlo y el Sr. no se puede decir que haya actuado de forma adecuada pues, si como él dice, no se le explicó convenientemente el funcionamiento del producto, en su mano estaba interesarse y pedir más información. Por otro lado, tal y como consta acreditado, se le hizo una simulación de fácil comprensión, con varios ejemplos gráficos, del funcionamiento de este producto y aunque esa simulación no contemple casos tan extremos de bajada del euribor como los habidos en estos dos últimos años ( se hace una simulación sobre el 4,50 % ), ningún trabajo le habría costado al Sr. hacerse una composición ante un escenario con un euribor por debajo del 2 % como acontece hoy día y que hubiera representado, sobre ese mismo ejemplo gráfico de 100.000 € de capital, la suma de 2.770 €. Como quiera que en su caso la referencia real es de 200.000 € y el euribor que se le liquida es del 1,25 % se comprende fácilmente el por qué tiene que afrontar un pago tan grande. No puede decir el Sr. que esto no es comprensible o conlleva error. Expone que el empleado que le ofertó el producto es además su primo carnal y que confió en lo que le indicaba, es decir, que no habría bajadas por debajo de esas expectativas contempladas a modo de ejemplo, pero lo cierto es que este testigo ha desmentido tal afirmación indicando que le explicó que era difícil, por la perspectiva económica de entonces, bajadas mayores, pero que esa posibilidad siempre existía. Por si fuera poco se da en esta persona la condición de representante legal de varias empresas, una de ellas, la que firmó el préstamo hipotecario vinculado a esta operación cuyo objeto social y volumen de negocio ya hemos visto cuál es y



él como gestor de una empresa de este tipo no debe ser ajeno a este tipo de instrumentos financieros.

En definitiva, la demanda reconventional no puede ser estimada por este motivo.

B) Nulidad por infracción de la normativa en materia de consumidores y usuarios.

En este sentido, dispone la SAP de Jaen de 27-03-09 citada por las partes que " Como puede observarse, a la vista de los documentos referidos, se trata de un contrato tipo, que como tal ha de ajustarse por la fecha de su redacción al Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El artículo 14,2 de la referida norma dispone que los contratos tipo deberán de contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustados en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda... En este sentido, el artículo 5,3 del Real Decreto que comentamos dispone que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrate.

Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E, en su artículo 31, 2006/73, el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero , relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 529/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas.

Es de mencionar de igual modo el Real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril sobre medidas de reforma económica. En su artículo 19 dedicada a los instrumentos de cobertura del



riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios. El párrafo 1º del precepto dispone que las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. Asimismo el párrafo segundo establece que las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Además, las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativos a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictados al amparo de lo previsto en el artículo 48,2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito... A mayor abundamiento de lo que antecede no puede olvidarse la protección que ofrece al consumidor la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 de 19 de julio, vigente al tiempo de firmarse los contratos que nos ocupan. En particular el artículo 10 de la norma en cuestión fija las condiciones que han de Cumplir las cláusulas no negociadas individualmente:

- a) Claridad, concreción y sencillez en la redacción sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que en todo caso deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b) Entrega al interesado del recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación.
- c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Y sobre todo que en caso de duda sobre el sentido de la cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. En el mismo sentido se pronuncia el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre en su artículo 80 ".

Esto implica, como dispone la sentencia citada, que al margen del contrato tipo o marco se entregue al cliente toda la documentación anexa a esta operación en la que se explique detalladamente su contenido, funcionamiento y efectos y en este sentido podemos decir que esta exigencia legal se ha cumplido por cuanto se aportan los tres documentos que engloban esta operación a los que ya se ha hecho referencia y que en su conjunto contienen las definiciones precisas para entender el alcance de todas las cláusulas, todos ellos firmados por el cliente quien, por lo tanto, dispuso de esta información. No resulta acreditado por ser cuando menos insólito, por contrario al más elemental uso bancario, la afirmación que hace el Sr. de que no le dieron copia de lo que firmó. Sobre si se le explicó o no convenientemente



por el empleado de turno este contrato, es algo sobre lo que cada parte mantiene su versión pero en todo caso, las notas manuscritas referidas con anterioridad dan a entender, cuando menos, que la mecánica esencial del mismo sí le explicó correctamente sin que tampoco sea exigible una explicación minuciosa y detallada de cada una de las cláusulas del contrato. Por otro lado, según consta en el contrato en la cláusula 6° " se declara específicamente que ninguna de las partes ha basado su decisión en alguna comunicación verbal o escrita de la otra parte que signifique una recomendación de inversión respecto esta transacción " y la facultad de resolución anticipada se prevé para ambas partes con iguales consecuencias. Tampoco escapa a este juzgador que el Sr. Pons, tras la firma de aquel contrato en agosto del año 2007, ha tardado más de dos años y medio en demandar su nulidad y en este iterim se le practicó una primera liquidación del periodo septiembre de 2007-septiembre de 2008 que le fue favorable porque el euribor creció hasta el 5,36 % y por la que el banco le pagó la suma de 1.205,77 €. Es al año siguiente, periodo de septiembre de 2008-septiembre de 2009 cuando la bajada del euribor es muy fuerte, hasta el 1.25 %, lo que le supone que sea esta vez él quien tenga que pagar al banco la suma de 9.725,50 €, cuando el Sr. Pons reacciona y al ver que ahora la situación no le interesa es cuando denuncia el contrato. Por tanto, hasta este momento, los motivos de análisis confrontados no me permiten extraer la consecuencia pretendida de una nulidad por vulneración de la normativa de consumidores, pero dicha normativa dice mucho más.

En efecto, tal cual consta en la sentencia transcrita y estando como estamos ante un perfil de consumidor calificado como minorista pues al margen de su vinculación empresarial lo cierto es que este contrato lo firmó a título personal, la protección al consumidor debe ser mucho más exhaustiva. Concretamente se exige que haya buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y es aquí cuando este contrato no supera esta exigencia. Tal y como ya vienen haciéndose eco las sentencias más recientes ( S. de 26-03-10 del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Vigo, SAP de Pontevedra de 7-04-10 o S. de 18-05-10 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Orense ) este justo equilibrio en este tipo de operaciones financieras resulta esencial. Al igual que en esos casos, en el que nos ocupa sucede lo mismo, nos encontramos ante un contrato en el que la obligación del cliente es asumir las fluctuaciones del euribor a 12 meses por debajo del 4,77 % que sirve como tipo fijo de referencia mientras que la del banco es asumir esas mismas fluctuaciones por encima de ese tipo de referencia pero hasta un máximo del 5;40 %, es decir, una fluctuación del 0,63%, ya que por encima de esa cifra únicamente tiene la obligación de asumir una bonificación que cabe tildar de simbólica del 0,10 %



sobre el importe contratado durante ese año. Salta a la vista el abismal desequilibrio de prestaciones entre las partes y los riesgos que asume una y otra, lo que convierte, sin ningún género de duda, a este contrato en un contrato abusivo y desproporcionado por aplicación de la normativa en materia de protección al consumidor. Se ha pervertido la finalidad de este contrato creado como un instrumento de cobertura del cliente prestatario ante eventuales subidas moderadas de los tipos de interés al convertirlo en un claro instrumento de falta de cobertura del mismo ante un escenario de bajadas acusadas de los tipos de interés.

Llegados a este punto, conviene aclarar los distintos conceptos en torno a la inexistencia del contrato, su nulidad absoluta y radical y la anulabilidad o nulidad relativa.

Un contrato es inexistente cuando carece de alguno de los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil (consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación). No es este nuestro caso como se ha expuesto.

Si reuniendo los elementos exigidos por el artículo 1.261 del C.C., se celebra en contravención de las leyes imperativas se verá afectado de la ineficacia propia de la nulidad absoluta y radical proveniente de esa actuación contraria a la ley en el sentido del artículo 6.3 del Código Civil. Se produce la nulidad absoluta cuando el contrato viola un mandato o prohibición legal cuya vulneración se ve sancionada con la ineficacia por no preverse un efecto distinto para el caso de contravención, según el artículo 6.3 del C.C. Finalmente, el contrato que cuenta con los precitados elementos esenciales pero adolece de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley ( art. 1.300 a 1.309 del C.C.), como son los del consentimiento en la formación de la voluntad o la falta de capacidad de obrar en uno de los contratantes o la falsedad de la causa, está afecto a la denominada nulidad relativa o anulabilidad, pudiendo ser declarado inválido o ineficaz mediante el ejercicio de la acción de nulidad, caso que tampoco es el que nos ocupa.

En el caso que analizamos la consecuencia no puede ser otra que la nulidad absoluta y total del negocio jurídico por contravención de un mandato o prohibición legal que se sanciona con esta consecuencia por la normativa citada. Esto supone, como efecto derivado de esta declaración, la restitución de las recíprocas prestaciones realizadas hasta la fecha entre las partes sin que este juzgador considere aplicable al caso concreto que nos ocupa el art. 1.306 del CC respecto al cobro recibido por el cliente en la primera liquidación y ello por las propias circunstancias que se han dado en la contratación de este producto ya expuestas.

Dicho lo cual, de cara a perfilar el resultado de la demanda original de Caixa Rural de Balears contra el Sr. relativa al contrato bancario de cuenta personal en el que se realizan los cargos o abonos de la liquidación resultante del



contrato de permuta financiera entre el Sr. y el Banco Cooperativo Español, la decisión adoptada en esta resolución respecto a la demanda reconvencional supone que evidentemente tiene una clara legitimación pasiva en este pleito por cuanto el contrato bancario de cuenta personal está inexorablemente unido en sus efectos al que aquí se analiza, lo que supone la desestimación de la demanda y la no procedencia del cargo reclamado ni de ningún otro coste derivado de la no atención del mismo.

CUARTO.- La cantidad que deba restituir el Sr. devengará el tipo de interés legal del art. 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia y hasta su completo pago.

QUINTO.- La desestimación de la demanda se hace sin costas si quiera sea encuadrando este supuesto en el apartado " dudas de derecho " que contempla el art. 394 de la LEC y ante el hecho de que la parte actora únicamente estaba dando cumplimiento a un contrato bancario cuya nulidad no se ha cuestionado, al margen de las instrucciones dadas por el cliente para rechazar el cargo debatido. La estimación de demanda reconvencional conlleva que no se haga pronunciamiento alguno en materia de costas por el mismo motivo apuntado de las " dudas de derecho " ante la falta de una jurisprudencia uniforme en la materia y en aplicación del art. 394 de la LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

#### FALLO

QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO INTEGRAMENTE la demanda presentada por la Procuradora Sra. Pérez en nombre y representación de la CAIXA RURAL DE BALEARES SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO contra D. a quien absuelvo de los pedimentos efectuados en su contra y ello sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas.

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda reconvencional presentada por la Procuradora Sra. Miró en nombre y representación de D. contra la CAIXA RURAL DE BALEARES SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO y contra el tercero BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S.A, debo declarar y declaro la nulidad absoluta del conjunto de contratos que enmarcan la operación de permuta financiera por infringir la normativa en materia de protección al consumidor, procediendo en consecuencia la restitución de las recíprocas prestaciones realizadas hasta la fecha entre las partes en la forma



indicada en esta sentencia y ello sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas.

La presente resolución no es firme y frente a ella cabe recurso de apelación ante la Ilma. A.P. de Baleares en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación.

Así, por esta mi Sentencia, juzgando definitivamente en Primera Instancia, y de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, incluyéndose la original en el Libro de Sentencias, lo pronuncio, mando y firmo, D. Carlos Javier García Díez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de esta ciudad.

**PUBLICACION.-** La anterior sentencia ha sido firmada, leída y publicada por el mismo Juez que la dictó, hallándose celebrando audiencia en el día de la fecha. Doy fe.-

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se lleva testimonio a los autos de su razón, archivándose el original en el libro de registro correspondiente. Doy fe.

**PUBLICACIÓN:** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

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



<b>Cabecera</b>	
Remitente:	[0703241002] JUTJAT. 1A. INST. E INSTRUCCION N. 2 Maó
Asunto:	Comunicacion del Acontecimiento 22: SENTENCIA 00105/2010 Est.Resolucion:Publicada
Fecha LexNET:	mié 14/07/2010 09:01:25
Fecha Reparto:	mié 14/07/2010 09:50:02
Fecha Aceptacion:	mié 14/07/2010 10:41:14
<b>Datos particulares</b>	
Remitente:	[0703241002] JUTJAT. 1A. INST. E INSTRUCCION N. 2 Maó
Destinatario:	[109] MIRO MARTI, MONTSERRAT
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	<b>20100000120</b>
Tipo procedimiento:	<b>[ORD]</b>
N.proc.orig.:	-
Cod.proc.orig.:	-
N.Sec.Pieza:	-
Det.Acontec.:	-
NIG:	-
Descripción:	Comunicacion del Acontecimiento 22: SENTENCIA 00105/2010 Est.Resolucion:Publicada
Su referencia:	-
Ident. en LexNET:	201000015066476
Mens.Id.Escri.Orig.:	-
<b>Archivos adjuntos</b>	
Principal:	00000049812010070324100211.RTF
Anexos:	-
<b>Archivos adjuntos escrito origen</b>	
Principal:	-
Anexos:	-
<b>Lista de Firmantes</b>	
Firmas digitales:	[0703241002] JUTJAT. 1A. INST. E INSTRUCCION N. 2
<b>Referencias Procurador</b>	
Mi Ref	8111
Cliente	-
Contrario	CAIXA RURAL DE BALEARES S.C. DE CREDITO.
Abogado	PEDRO EMALDIA DE LA FUENTE C/PROLONGACION S.ESTEBAN, 1-3-5,B10 07710 SAN LUIS