

SENTENCIA nº:

ES COPIA

En Oviedo, a 7 de octubre de 2010.

El Magistrado-Juez Don Pablo Martínez-Hombre Guillén, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo, ha visto los presentes autos seguidos por los trámites del juicio ordinario con el nº 488/10, a instancias de \_\_\_\_\_, S.L., representada por el Sr. Procurador ROBERTO MUÑIZ SOLÍS y asistida por el Sr. Letrado MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ, contra CAJA DE AHORRO Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, representada por la Sra. Procuradora DELFINA GONZÁLEZ DEL CABO, y asistida por el Sr. Letrado JESÚS ANTONIO GARCÍA HERNANDO, sobre nulidad de contrato.

13 OCT 2010

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de abril de 2010, por la representación de \_\_\_\_\_, S.L. se formuló escrito de demanda, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que, con fundamento en los hechos y consideraciones legales que cita, se concluía suplicando se dictase sentencia, por la que se declare la nulidad del contrato marco de compensación contractual y su anexo confirmación de fechas 20 de diciembre de 2006 y 21 de diciembre de 2006, firmado entre las partes por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en la prestación del consentimiento, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el art. 1.303 del Código Civil, de manera que las partes vuelva a tener situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.



SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado para que se personara en autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma, en el sentido de oponerse e interesar se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición al actor de las costas causadas.

TERCERO.- Celebrado el acto de audiencia previa, se convocó a las partes al acto del juicio, y este tuvo lugar en el día 4 de octubre de 2010 con la concurrencia de todas ellas, practicándose en dicho acto la prueba en su día declarada pertinente, y tras la manifestación de las partes de sus conclusiones, se dio por concluido el acto, y se mandó pasar los autos a la mesa de SSª para su resolución.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión de nulidad del contrato marco de compensación contractual y su anexo confirmación de fechas 20 de diciembre de 2006 y 21 de diciembre de 2006, suscrito entre las partes, con fundamento en el art. 1.265 y 1.266 del Código Civil, por un vicio de consentimiento consistente en el error sufrido por la actora al momento de contratar se sustenta sobre la alegación de que a mediados del año de 2006, la actora por medio de sus socios, doña M. y don J. , acudió a las instalaciones de la demandada interesada en obtener financiación para la adquisición de un local comercial y su acontecimiento posterior, habiendo obtenido un préstamo, garantizado con hipoteca por importe de 1.560.000 euros, cuya escritura se otorgó el día 21 de diciembre de 2006, en el que se establecía un plazo de amortización de veintiún años, con un tipo inicial fijo a seis meses del 4,199 % y en los sucesivos semestres se estipuló un tipo de referencia interbancaria a un año incrementado en un 0,40 %, y afirmando que la actora fue inducida a la celebración del citado contrato, el cual se le presentó instrumento de aseguramiento frente a posibles subidas del euribor. La actora considera que dicho contrato, que resultó constituir un SWAP, tiene un carácter marcadamente especulativo y de alto riesgo, que ha provocado a la actora cuantiosas pérdidas merced a la bajada de los tipos de euribor a partir de junio de 2009, no habiendo sido la actora advertida convenientemente de sus riesgos, ni tampoco resultó convenientemente advertida de las condiciones de cancelación que el mismo tenía





SEGUNDO.- El art. 1.266 requiere como condiciones para que el error invalide el negocio, que recaiga el error sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.. En el ámbito de la jurisprudencia se ha señalado, así S. T.S. 10 de febrero de 1982, que: "El error sustancial con trascendencia anulatoria (art.1266 del C.civil) tiene un sentido excepcional muy acusado, y según una constante jurisprudencia, viene condicionado inexcusablemente a la prueba de que la cosa objeto del contrato carece de las condiciones que se le atribuyeron y fueron motivo principal de su celebración, lo cual supone tanto como la exigencia de que el error ha de recaer sobre la cosa o sus circunstancias ... (Ss. 14 de junio 1943 y 12 febrero 1979)"; asimismo S<sup>a</sup> T.S. 30 de mayo de 1991 dice "... 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 (Cfr. T.S. SS 8 de mayo 1962 y 14 de mayo 1968) ya que el error implica un vicio del consentimiento, no una falta de él, y además ha de ser inexcusable ...".

En cuanto a los requisitos del error invalidante según SS. T.S. 20 de noviembre de 1989 "... Para que el error en el consentimiento invalide el contrato conforme a lo dispuesto en el art.1265 C.c. es indispensable que: a) recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración -art.1261 /1 del C.c.- (Cfr SS. 16 de diciembre de 1923 y 27 de octubre de 1964); b) que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (Cfr. T.S. SS 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1964); c) que no sea imputable a quien lo padece (Cfr. T.S. SS 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957), y d) que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (Cfr. SS. 14 de julio de 1943, 25 de mayo 1963 y 18 de abril 1978)".

TERCERO.- En el contrato cuya nulidad se insta y su anexo, se pacta, sobre la base de un nominal de 1.560.000 euros, y por un plazo de cinco años y vencimiento en el día 29 de junio de 2010, y en él se establece la obligación de Caja Madrid de pagar semestralmente a la actora las cantidades resultantes de aplicar a dicho capital la diferencia entre el tipo pactado como techo de un 5 % y el tipo de referencia pagado (Euribor a 12 meses), mientras que la hoy actora se comprometía a pagar a la financiera, en el mismo periodo, durante los dos primeros trimestres la cantidad resultante al aplicar la diferencia entre el tipo de referencia pactado y el tipo que como suelo se pacta que variaría semestralmente. De este modo, por resultar el tipo de referencia durante varios meses comprendido entre el tipo máximo y el tipo





fijado como suelo, no existió ningún tipo de liquidación, si bien en diciembre 2008 resultó una liquidación favorable a favor de la actora por importe de 3. 217 euros, y negativas a partir de junio de 2009, lo que ha supuesto para la empresa demandante una pérdida acumulada hasta diciembre de 2009 de 25.154,37 euros. Según el documento nº 14 a fecha 16 de noviembre de 2009 la cancelación del contrato podría comportar un coste de unos 42.200 euros.

La prueba documental en unión de testifical acredita que la contratación se hizo a iniciativa de empleados de la demandada, y que se suscripción está íntimamente ligada al préstamo con garantía hipotecario concertado con dicha entidad. No existe, sin embargo, prueba suficiente para acreditar que el producto se les hubiese sido ofrecido como un seguro gratuito, pues la declaración de don J al respecto no puede considerarse como prueba plena, dado su evidente interés en la causa, y queda contradicho por la declaración de don Enrique Juesas director de la sucursal de la entidad que gestionó la operación, quien lo niega afirma que se le explicó los términos del contrato de una forma oral, como un mecanismo de cobertura frente a la subida de los tipos de interés.

CUARTO.- En el supuesto de autos el contrato cuya nulidad se pretende es, como ambas partes reconocen, lo que se conoce como swap, y en la doctrina española como un contrato de permuta financiera, y más concretamente un swap de intereses, por la que las partes acuerdan intercambiarse ente si pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada. En este sentido, como señala la sentencia de 19 de noviembre de 2008 del Juzgado de lo mercantil nº2 de Barcelona, "en esta modalidad de swaps, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nocional), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBÓR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps"). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación".





En definitiva, la finalidad esencial de la permuta financiera no es la especulación sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones de los mercados financieros. Pese a ello, la operación no está exenta de riesgos merced a su componente especulativo, en esta idea ha de citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18 de junio de 2009 cuando establece que "la finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la 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, hecho destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de intereses, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder"

Lo relevante en este caso estriba en determinar si la actora, por medio de su representante legal conoció la naturaleza y contenido del contrato, sus obligaciones y los riesgos que ello implicaba. Esencialmente, lo que la actora imputa a la entidad bancaria es un defectuoso cumplimiento de su deber de información frente al cliente tanto de su funcionamiento, como de las previsiones de variación de los tipos y de las posibilidades de cancelación.

**QUINTO.-** Efectivamente, nuestros Tribunales (así, sentencias de Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 5ª, de 27 de enero de 2010, Pontevedra de 7 de abril de 2010 o de Jaén de 27 de marzo de 2009), han venido poniendo especial énfasis en el deber de información que para la entidad financiera le exige la legislación vigente, y su incidencia en la formación de la voluntad contractual del cliente.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta,



tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que 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 así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación 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, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

De forma más concreta, estamos ante un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad, que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, que para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, a quien le es lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada. Particularmente, deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo

escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera. En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

SEXTO.- Cabría preguntarse si la información ofrecida en el supuesto de autos cumplió tales exigencias, prueba que incumbe a la demandada, y cuya carga procesal no ha sido asumida válidamente, debiendo estimarse que ha existido infracción de este deber desde el momento en el que, de lo actuado, como se ha expuesto, lo único que se desprende es la firma de los contratos, y la explicación de la operación financiera por parte de la empleado de la actora, lo que no se estima conveniente.

En primer lugar, conviene precisar que examinados el documento marchó, su anexo de la confirmación, de su simple lectura resulta complejo, por no decir casi imposible determinar qué se contrata y cuales son realmente las condiciones de la permuta, de tal suerte que, solo sobre la base de una explicación de la operación, que el Juzgador no duda que existió, sería posible determinar cual es el verdadera alcance de la operación que se contrata. Desde esta perspectiva no duda el Juzgador que se dio a la administradora de la actora la explicación esencial de cómo funcionaría la operación, pues no parece razonable que aquella, con la diligencia propia del cargo que ostentaba o se preocupase de conocer cual era el alcance del negocio, y esencialmente el mecanismo es sencillo, de forma que no son necesarios unos profundos conocimientos financieros para comprender como juega. Por encima del 5 % el banco paga la diferencia entre este tipo y el calculado al Euribor a un año; por debajo del tipo suelo (floor), quien paga es el cliente la diferencia entre éste y el tipo de referencia; la posibilidad de la existencia de pérdida es clara y obvia; de este modo el cliente sabe que va a pagar como máximo un 5% y como mínimo el tipo fijado como suelo.

Sin embargo, porque pese a que se diga la finalidad de la operación es dar una cobertura frente a la subida de los tipos de interés, y aunque efectivamente la demandante tenía asumidas a operaciones a tipo de interés variable, es la entidad demandada quien decide tanto el plazo, el porcentaje de suelo, y la cuantía de la deuda que se estabiliza, de modo que

tal estabilización de tipos no se produce, en primer lugar porque, durante los seis primeros meses el tipo de interés del préstamo era fijo, por lo que el swap era innecesario pactarlo coincidiendo con la escritura de préstamo y hipoteca; en segundo lugar porque, como advierte la parte demandante, el capital del préstamo se iría amortizando, mientras que el capital prestado razonablemente se iría amortizando.

Pero sobretodo, como señala la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias, en la sentencia citada, tal elección que realiza la entidad demandada “no puede ser caprichosa sino que obedece a una previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor)”, siendo la información relevante en cuanto al riesgo de la operación que debe proporcionarse la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, que no consta ofrecida, y no la mecánica de la operación, o las advertencias que se contienen en el contrato, por virtud de la volatilidad o evolución de los tipos que, como señala dicha resolución, constituye una obviedad por el propio funcionamiento de la operación. Como es lógico, la falta de dicha información, provoca un error esencial en el cliente quien actúa confiado en unas expectativas más o menos razonables de evolución de los tipos de interés de referencia que se apartan notablemente de las reales.

A ello se le une la absoluta desinformación acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes, al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad -precio de cancelación- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada), que como señala la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, “de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis”. Y que ello es así parece lógico, pues no puede considerarse poco relevante el hecho de que ante una bajada tan importante de los tipos de referencia tenga la actora interés en adecuar sus costes financieros a una situación más acorde con el mercado, en vez de verse atada a un tipo absolutamente desproporcionado con la situación actual; a ello se le une la circunstancia de que la actora puede tener interés un una cancelación anticipada del préstamo hipotecario, aspecto en el que tiene especial transcendencia la también la del contrato litigioso.

Todo ello comporta la estimación de la demanda



OCTAVO De conformidad con lo dispuesto en el nº 1 del art.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas causadas a la parte demandada.

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

**FALLO:** que estimando la demanda formulada por la representación de , S.L. contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco suscrito entre las partes, con su anexos de confirmación añadida, con obligación de restitución recíproca de las cantidades abonados por su virtud por una y otra parte, así como sus respectivos intereses devengados desde la fecha de su abono, con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de apelación, anunciándolo en el término de los cinco días siguientes al de su notificación.

Así, por esta mi sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado-juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.

