

MAITE DE BEDOYA BANUS

Notificado: 25/01/11

Advocat: SORIA ESTERAS  
JAVIER

Tel 972223684 Fax 972203211

e-mail: mdebedoya@terra.es

Doña M<sup>a</sup> Teresa Bernal Ortega, Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 2 de Girona CERTIFICO Y DOY FE: Que en autos de ~~p. ordinari~~ que se siguen en este Juzgado con el número 556/10 ha sido dictada resolución cuyo tenor literal es el siguiente:

**Juzgado Primera Instancia 2 Girona (ant.CI-6)**

**Av. Ramon Folch, 4-6**

**Girona Girona**

TEL.: 972181716

FAX: 972 18 17 89

NUM. CUENTA BANCARIA DEL JUZGADO 1674-0000

N.I.G.: 17079 - 42 - 1 - 2010 - 8076077

**Procedimiento Procedimiento ordinario 556/2010 Sección**

Parte demandante

Procurador MAITE DE BEDOYA BANUS

Parte demandada BANCO DE SABADELL, S.A.

Procurador JOAQUIM GARCÉS PADROSA

## **SENTENCIA n<sup>o</sup> 15/2011**

En Girona, a veinte de enero 2011

Vistos por D<sup>a</sup> Beatriz Gil Vallejo, Juez en sustitución del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 2 de Girona, los autos de juicio ordinario con número seguidos a instancia de representación de la mercantil " " representado por el Procurador de los Tribunales D. Maite de Bedoya Banus actuando bajo la dirección letrada de D Javier Soria Esteras contra BANCO DE SABADELL SA, representado por el Procurador D Joaquim Garces Padrosa y defendido por el letrado D Angel Segarra Barrachina ,ha dictado la presente resolución en base a los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- El día ocho de marzo de 2010 fue turnada en este juzgado demanda de juicio ordinario instada por la Procuradora Maite de Bedoya Banus en nombre y representación de la mercantil " " que en su escrito inicial tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba la declaración de nulidad radical y subsidiariamente la anulabilidad de la solicitud de contratación de producto derivado de fecha 30 de noviembre de 2006 producto denominado "permuta de tipos de interés fijo creciente convertible a

variable" y confirmación de fecha 9 de enero de 2007 y en consecuencia de lo anterior se interesaba la declaración de nulidad de las liquidaciones generadas en virtud de lo anterior así como la obligación de reintegro de los importes que por razón del contrato se hubieran abonado las partes contratantes durante la vigencia del contrato.

Por Auto de fecha siete de abril de 2010 se admitió a trámite la demanda emplazando a la demandada que por escrito que tuvo entrada en este juzgado en fecha diez de mayo de 2010 contestó a la demanda oponiéndose a lo pretendido de contrario conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando que se desestimara la demanda.

Segundo.- Se convocó a las partes a la audiencia previa señalando a tal efecto el día veinte de julio de 2010 fecha en la que se celebró con el resultado que obra en autos subsistiendo el litigio por no haber formalizado transacción que ponga fin al proceso, fijando a continuación las partes los hechos en los que estaban de acuerdo y aquellos respecto de los que hay discrepancias y seguidamente proponiendo cada una de las partes sus medios de prueba.

Tercero.- La vista se celebró en la fecha señalada a tal efecto en la audiencia previa, el trece de enero de 2011 compareciendo a la parte ambas partes y practicándose la prueba previamente admitida para finalmente realizar las partes respectivamente su resumen de pruebas quedando los autos vistos para sentencia.

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El RDL 1/2007 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios fija el concepto de consumidor en el art. 3: "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional" supera con ello el ámbito de protección a los consumidores otorgado en el marco de la Unión europea (asunto Cape resuelto por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo) que limita el ámbito de protección de consumidores sólo a las personas físicas. Sin embargo, en el supuesto de autos, la mercantil demandante debe considerarse que actúa en el ámbito de su actividad profesional en la medida en la que los contratos que ha suscrito tienen por objeto la cobertura de los riesgos derivados de su propia financiación para la mejora de su propia estructura financiera y de la deuda asumida. Por lo tanto, no serán de aplicación las normas referidas al ámbito de la protección

de los consumidores al no tener la actora dicha consideración.

**SEGUNDO.-** Nos hallamos ante un contrato que ha sido denominado por la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap .

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. Pese a tener cierto carácter aleatorio o especulativo, la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

**TERCERO.-** En el caso de autos del producto contratado se desprenden las siguientes obligaciones:

- La entidad bancaria ha de pagar al cliente en cada período trimestral el resultado de aplicar al importe nominal de 200.000 € el tipo de interés correspondiente al Euribor a 3 meses determinado dos días hábiles antes del inicio de dicho periodo

- El cliente ha de pagar al Banco en cada período trimestral el resultado de aplicar al importe nominal de 200.000€ los tipos que respectivamente figuran en el "cuadro de referencia de liquidación" señalado en la página 4 del documento de

confirmación, para cada uno de los trimestres de vigencia del contrato.

Lo anterior tiene una limitación derivada de la "barrera desactivante" contratada consistente en:

- Si el índice de referencia es igual o superior al 4,10% el cliente paga el euribor a 3 meses MENOS EL 0,15% percibiendo de la entidad bancaria el Euribor a 3 meses
- Si el índice de referencia (Euribor a e meses) es inferior al 4,10% el cliente paga en el primer período el tipo del 3,50% . Si el tipo de referencia se sitúa por debajo del 3,50% el cliente pagará la diferencia entre el nivel del tipo de referencia y el 3,50%.

Trimestralmente se efectúan los cálculos en base a los parámetros establecidos y se liquida la diferencia entre las partes, debiendo abonar una u otra parte a la otra en función del resultado obtenido.

CUARTO.- Examinado lo anterior, procede a continuación examinar si puede prosperar la pretendida declaración de nulidad por error fundada, en sustancia la falta de información sobre el producto financiero .

La cuestión ha sido ampliamente tratada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Once, de fecha 30 de noviembre de 2010 (Rollo 1001/09) que expone que "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de la Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir

del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión(art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"(art.5.3)

Dicho Decreto que estuvo vigente hasta el 17/2/2008 fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros(art. 78bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos(art.79, bis nº 3, 4 y 7).

El posterior R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual(arts. 60 y ss, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Como pone de manifiesto la Sentencia citada, " a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo

propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 CC) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precepto 79 bis de la L.M.V. Es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor). El núcleo de la cuestión no ha de centrarse en si el producto podía resultar más beneficioso para la entidad financiera que para el cliente sino si el cliente era conocedor de las previsiones bancarias, de su conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos y de si esta información fue puesta en conocimiento del cliente antes de contratar pudiendo en definitiva prestar su consentimiento válidamente al estar en igual de condiciones que la otra parte"

La demandada defiende que el contrato fue suscrito en cumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de derecho de información citando en concreto la estipulación 15 (15.6) del Anexo I al contrato Marco de Operaciones Financieras así como en el hecho del plazo transcurrido entre la Solicitud de contratación de producto derivado, de fecha 30/11/2006 y el Documento de Confirmación de la operación de fecha 9/1/2007 pudiendo en dicho plazo haber recabado por su cuenta o solicitarla de la entidad la información necesaria.

No pueden pasarse por alto las siguientes consideraciones:

- 1) El contrato marco es de fecha 30/11/2006 y en el mismo se indica en su estipulación 1.1 que en el mismo se considerarán integradas las operaciones financieras del documento de confirmación, documento que se firmó el 9/1/2007 documento en el que se indica que "por la presente se acuerda hacer todo lo posible para negociar y firmar un Contrato marco de Operaciones financieras " lo que no tiene sentido si dicho contrato marco ya había sido formalizado. La

parte actora afirmaba en su demanda no recordar haber firmado contrato marco alguno por lo que entra dentro de lo posible que el cliente firmara el mismo día ambos documentos presentados conjuntamente y como mera solicitud sin entregar al cliente el documento del Acuerdo Marco. En definitiva la "técnica de negociación" utilizada por la entidad bancaria no es del todo clara, sino oscura y por tanto no puede afirmarse que responda a la buena fe exigible por su parte. Por otro lado, la propia demandada disponía como medio de prueba del interrogatorio del Sr. [redacted] que aparece como firmante de dicho contrato marco a los efectos de realizar las aclaraciones respecto al proceso de negociación sin haberlo hecho por lo que en definitiva no ha sido probado si el contrato marco fue entregado al cliente en la misma fecha de la solicitud o no, a reserva de la "confirmación" futura debiendo perjudicar la ausencia de prueba a quien tuvo la facilidad probatoria.

2) En segundo lugar como ya hemos puesto de manifiesto, es cierto que la actuación de la entidad bancaria no puede someterse a los intereses del cliente sino a los suyos propios y que este hecho debería aparecer como premisa siempre para el cliente que habría de "desconfiar" a priori de un producto ofrecido ventajoso únicamente para el cliente, si es que ese fue el caso. Es verdad que en ningún momento en los documentos existentes se indica que el producto a contratar sea una "cobertura de riesgo". Sin embargo para la interpretación de las condiciones en que el contrato fue suscrito hay que situarse en el momento de su formalización. En el año 2006, nadie había oído hablar de los "swaps" y la relación entre cliente y banco se movía dentro de los márgenes de confianza. Una confianza seguramente excesiva por ambas partes a la vista de las circunstancias posteriores. Resulta notorio y conocido el efecto negativo en la economía financiera (global) que han arrojado este tipo de productos y que en todos los casos los clientes afirman que fueron "colocados" por "sus bancos" "como seguros de riesgo ante las perspectivas de subidas de los tipos de interés".

3) Efectivamente en el supuesto de autos, existía una relación directa entre el Sr. [redacted], apoderado de [redacted] y el Sr. [redacted] Director de oficina del Banco de Sabadell SA al que conocía ya de otras oficinas del Banco en las que venía desempeñando su cargo de Director. Y fue el mismo Sr. [redacted] quien ofreció el producto al Sr. [redacted] en la sede de su propia empresa. Todo ello parece responder a una estrategia global de la entidad bancaria para protegerse en realidad ante una hipotética bajada de tipos de interés ya que si el Euribor a 3 meses se situaba por encima del 4,10% la empresa debería pagar el denominado tipo variable de

pago 2 con la consecuencia de que únicamente cobraría la diferencia entre euribor 3 meses y euribor 3 meses menos 0.15%. Es decir, el banco mediante la barrera desactivante está asegurando su riesgo ante la bajada de interés ya que el cliente no podrá beneficiarse de dicha bajada si se sitúa por debajo del 3,50% lo que el banco justifica en la reducción de los importes a pagar en virtud de las obligaciones de pago sometidas a un tipo de interés variable quedando entonces compensado en mayor o menor medida las obligaciones de pago asumidas. Los contratos de permuta financiera han sido realizados masivamente por las entidades bancarias en el periodo justamente anterior al cambio de tendencia de bajada de tipos lo que conduce a la hipótesis de que los estudios del mercado de dichas entidades financieras podían apuntar en realidad dicho cambio de tendencia hipótesis que sin embargo hasta la fecha no ha resultado probada. Pero lo que no cabe duda es que el complejo producto que se ofrecía respondía a un interés de la propia entidad bancaria, por lo que debió cuidar todo lo relativo al derecho de información del cliente y a la técnica comercial realizada y sin embargo no lo hizo no pudiendo bastar para ello la mera existencia de la cláusula 15.6 del Anexo de un contrato marco del que desconocemos cuando y que condiciones fue suscrito por el cliente, que obraba por aquel entonces, movido por sus propios intereses obviamente, pero en el marco de las relaciones de confianza - o buena fe- que en aquel momento existían entre bancos y clientes, marco que actualmente ha desaparecido a consecuencia precisamente de los efectos en la economía financiera de este tipo de productos y su repercusión en la economía de los particulares.

QUINTO.- De una valoración en conjunto de la prueba documental practicada cabe llegar a la conclusión de que tratándose el producto bancario objeto de contratación de instrumento complejo y de alto riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características fue deficitaria. A ello hay que añadir que de la prueba pericial practicada se desprende que efectivamente para la valoración de las derivadas del contrato es necesario contar con una información concreta del mercado, información que sólo podía disponer la entidad bancaria sin que haya quedado acreditado que la misma fuera a disposición del cliente. De hecho la especificación de la forma de liquidación trimestral de los tipos de referencia no resulta suficiente, ya que lo verdaderamente importante era informar sobre el riesgo de la operación, información que se limitó a la cláusula genérica que consta en el anexo del contrato marco. De todo ello se desprende que el cliente dio su consentimiento a ciegas, fiado por la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas

consecuencias futuras no pudo valorar con proporcionada racionalidad.

En virtud del art. 1266 CC para que el error invalide el consentimiento el mismo debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieses dado motivo a celebrarlo. ( STS de 26/6/2000 : "*recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular*(STS 14 y 18 febrero 1994 [RJ 1994, 1469], y 11 mayo 1998 [RJ 1998, 3711]). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (STS. 4 enero 1982 [RJ 1982, 179] y 28 septiembre 1996 [RJ 1996, 6820]).".

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1300 y ss del CC procede declarar la nulidad del contrato con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes del modo indicado en la parte dispositiva de la presente resolución lo que comporta la estimación íntegra de la demanda.

SEXTO.- Dada la estimación sustancial de la demanda, las costas procesales se imponen a la entidad bancaria demandada

#### FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por \_\_\_\_\_ se declara la nulidad de la solicitud de producto derivado de fecha 30 de noviembre de 2006 denominado "permuta de tipos de interés fijo creciente convertible a variable" y del de confirmación de fecha 9 de enero de 2007 firmados por la actora con el BANCO SABADELL SA con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos a tenor de las liquidaciones trimestrales ya producidas y que pudieran llegar a practicarse hasta la ejecución de sentencia

conforme a las especificaciones del contrato que se declara nulo, todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas procesales.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Girona, recurso que habrá de presentarse en este Juzgado en el plazo de cinco días desde su notificación. Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, que deberá prepararse ante este juzgado en el plazo de cinco días desde su notificación. Para la interposición del recurso deberá acreditarse que se ha constituido depósito en cuantía de 50 euros, que deberán ser ingresados en la cuenta nº 1674 de ese Juzgado, indicando en las observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación, con expresión del código 02, de conformidad con la Disposición adicional decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º así como en el caso de beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Librese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévase el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

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

*Firmado y rubricado*

*Y, para que así conste, expido la presente en Girona, a 20 de enero de 2011*