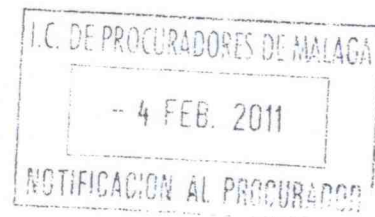


JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
E INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE
VÉLEZ-MÁLAGA

SENTENCIA N° 10/11



En Vélez-Málaga, a 2 de febrero de 2011

Vistos por don Antonio María Contreras Baeza, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 de Vélez-Málaga y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos en este Juzgado con el n° 1216/09, a instancia de doña _____ y don _____, representados por el procurador de los tribunales don _____, y asistidos del letrado Sr. _____ frente a la entidad Banco Español de Crédito, representado por la procuradora de los tribunales Sra. _____, con la asistencia letrada del Sr. _____, y con arreglo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador de los tribunales don _____, en la representación indicada y mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Español de Crédito, en ejercicio de la acción de nulidad contractual, declarando la nulidad de los Swaps suscritos entre las partes litigantes, con retrocesión de todos los apuntes contables derivados de dichos contratos, con condena en costas a la parte demandada.

Se alega por la parte actora, en síntesis, que en la contratación el consentimiento de los actores fue prestado de forma viciada, al concurrir error en la formación de la voluntad de éstos basándose para ello, en diversas infracciones o vulneraciones de deberes de la contraparte: así se

menciona la infracción de la obligación facilitar al cliente un documento informativo, la venta de los Swaps bajo la afirmación y apariencia de un contrato de seguro, la falta de realización del test de conveniencia o la determinación del llamado "perfil del inversor", la utilización de cláusulas abusivas y expresiones oscuras en su redacción, la falta de determinación del coste de cancelación del contrato o de criterios de determinación de su cálculo, unido a su venta como producto gratuito.

SEGUNDO.- En resolución de 28 de diciembre de 2009 fue admitida a trámite la anterior demanda, emplazándose al demandado a fin de que contestara a la demanda en plazo legal de 20 días,

Transcurrido el plazo de 20 días los demandados contestaron a la demanda, por escrito de fecha de 17 de febrero de 2010, en el que se opone a la demanda presentada de contrario, explicando brevemente lo que es un Swap, alegando que los actores tuvieron capacidad para comprender el contenido del contrato al existir una cláusula en los mismos donde se expresa esta circunstancia (cláusula cuarta) y además se hace advertencia sobre los riesgos de la operación de forma expresa en el contrato, afirmando que se solicita la nulidad, desde el momento en que las liquidaciones han resultado perjudiciales para el cliente.

Se cita a las partes para el acto de la Audiencia Previa en la fecha de 14 de septiembre de 2010.

TERCERO.- La Audiencia Previa se celebró el día señalado, con la presencia de demandante y demandado, fijándose, como día para la celebración del Juicio el 15 de diciembre de 2010.

El Juicio se celebró el día y hora señalados, practicándose la prueba que fue propuesta y admitida en el acto de la audiencia previa, con la excepción de la declaración del representante legal de la entidad Banco Español de Crédito, que no compareció al acto, con el resultado que obra en los autos, quedando estos conclusos para el dictado de sentencia.

CUARTO.- De lo actuado en la causa se considera acreditado y probado que:

1º.- Que doña _____ y _____ formalizaron sendos contratos de permuta financiera en fechas de 24 de enero de 2005 y 17 de enero de 2007, siendo el segundo de ellos novación del primero.

2°.- Que el contrato de fecha 24 de enero de 2005 fue formalizado en el establecimiento comercial de textiles de doña y por el Sr. Barrera.

3°.- Que el segundo de los contratos se firmó transmitiendo un ejemplar por fax y remitiéndolo nuevamente firmado.

4°.- Que no existió información precontractual relevante por parte de la entidad financiera, Banco Español de Crédito, a los contratantes sobre los riesgos derivados de la contratación, así como tampoco de la cancelación del mismo, costes de esta operación o fórmula de cálculo de aquellos.

QUINTO.- En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones previstas legalmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como se ha expuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, la acción que ejercita es la declaración de nulidad de los contratos de Swaps, firmados entre los actores y la entidad Banco Español de Crédito alegando la existencia de error en la prestación del consentimiento con vulneración de la normativa protectora de consumidores y usuarios y disposiciones específicas de protección de los cliente en la operaciones financieras.

Parece pertinente exponer, en primer lugar los requisitos de la acción que se ejercita, en segundo lugar la mención a la normativa aplicable al tipo de contratación aquí realizada, para posteriormente a luz del discurrir del procedimiento de contratación, del tipo de contratantes y del contenido del contrato comprobar si se ha producido el vicio de consentimiento alegado por la parte actora.

Entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1261 del Código Civil , se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1262 del mismo Código , y será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Respecto del error como vicio del consentimiento, el art. 1266 del Código Civil exige que recaiga 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, y la jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007). El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren 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 de ese requisito 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 por la declaración (STS 4-1-1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

SEGUNDO.- Teniendo en cuenta que la nulidad pretendida lo es de contratos de fecha 24 de enero de 2005, posteriormente cancelado en fecha de 17 de enero de 2007, coincidente con la del segundo de los contratos de fecha 17 de enero de 2007, importa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato litigioso, anterior, por tanto, a la reforma introducida por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, tras declarar en su art. 2 .b) incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera

cuyo objeto sean tipos 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, ya establecía en el art. 78 .1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía, y en el art. 79.1 , apartados a), c) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuese propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados. En desarrollo de tales previsiones legislativas, el RD 629/1993, de 3 de mayo, vigente cuando se celebró el contrato objeto de este pleito, establecía en su art. 16 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de la operación, debiendo además informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, e incorporaba como Anexo un Código general de conducta en los mercados de valores en el que se establecía la obligación de las entidades de solicitar se sus clientes la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (art. 4.1) la obligación de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, precisando además 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, y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (art. 5, apartados 1 y 3). Todo ello ha permitido al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, aunque referido a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establecer el criterio que expresa su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la del año 2008 (páginas 116 y 117 y 135 y 136, respectivamente, que pueden consultarse en su página web) de que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el

que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias.

TERCERO.- Como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 26-4-2006, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que algunos autores señalan, en el caso de productos de inversión complejos, que 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 leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, en el presente caso resulta patente que la demandada no cumplió con tal exigencia y no informó a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y el significado y alcance de sus cláusulas.

La SAP, Civil sección 5 del 27 de Enero del 2010 (ROJ: SAP O 1/2010) señala 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 el presente supuesto nos encontramos ante dos contratos de Swap o permuta financiera, celebrados en fecha de 24 de enero de 2005 y su posterior novación de fecha 17 de enero de 2007, fueron concertados fuera de establecimiento de la entidad bancaria. En concreto el primero de ellos fue concertado en el establecimiento comercial de la parte actora, y el segundo de ellos enviado por fax y remitido firmado por los contratantes. Así se desprende de la declaración de la testigo y empleada de la entidad doña Purificación Guirado, quien manifiesta que no dio explicación alguna en el momento de la contratación, tan sólo de las liquidaciones practicadas añadiendo que " si algo no sabía en ese momento lo preguntaba". De ello se desprende que es la entidad bancaria la que ha desplegado una conducta activa en la contratación del producto, tanto en el primer contrato como en la novación posterior. No existe en la declaración de la testigo antes mencionada, ni en la de don Rafael Barrera (director de la oficina en el momento de la primera contratación), atisbo de haber llevado a cabo una

