

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN de TORRELAVEGA núm. 6
Calle Juan XXIII, s/n - Edificio Lázaro Baroque (39.300 - CANTABRIA)
Tlfo. 942-835-465 - Fax 942-835-467
E-mail: mjst06.torrelavega@justicia.es



Recibido 09 03 11
Folio - 33 03 11

El Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de Torrelavega y su Partido, en virtud de la potestad conferida por la Soberanía Popular y, en nombre de S. M. El Rey, ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 33/2011

En la ciudad de Torrelavega, a veinticuatro de febrero de dos mil once.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. JUAN-JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Torrelavega y su Partido, los presentes autos de Juicio ORDINARIO, ejercitando acción de nulidad contractual, seguidos con el número 741/2010, en los que han sido partes como parte demandante la mercantil «[redacted] S. L.»; DON B[redacted]; Y, DON T[redacted], representada por el Procurador Don Francisco-Javier Calvo Gómez, bajo la dirección técnica del Letrado Doña Pilar Lanza Puente; y como parte demandada la mercantil «BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A.», representada por el Procurador Don Leopoldo Pérez del Olmo, bajo la dirección técnica del Letrado Don Rafael Somoano Ojanguren.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se presentó con fecha 27 de julio de 2010 demanda de juicio declarativo ordinario, ejercitando acción de nulidad contractual, conforme a los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y, después de alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que, previos los trámites legales correspondientes, se dictase sentencia por la que: 1º) Se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 11 de julio de 2007, así como cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de la nulidad, con recíproca devolución de las prestaciones que hubieran sido objeto del mismo así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada; 2º) Subsidiariamente, que se declare la nulidad o, subsidiariamente se anulen y en cualquier caso se dejen sin efecto las siguientes cláusulas: a) Las relativas a los importes pagaderos fijos por el cliente, debiendo abonar en esos casos el cliente el mismo importe variable que el banco; b) Las relativas a los costes y causas de cancelación anticipada del contrato, permitiendo la cancelación o resolución anticipada sin coste alguno para las partes; con expresa imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Por resolución de fecha 13 de octubre de 2010, tras la subsanación de los defectos advertidos, se admitió a trámite la demanda y se acordaba dar traslado de la misma y emplazar a la parte demandada «BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A.» con entrega de las oportunas cédulas para que en el término de veinte días computados desde el siguiente al emplazamiento compareciera en legal forma ante este Juzgado y la contestasen. Siendo emplazada en legal forma.

TERCERO.- Con fecha 24 de noviembre de 2010 acompañando poder general para pleitos se presentó por la representación procesal de la parte demandada «BANCO ESPAÑOL



DE CRÉDITO, S. A.» escrito contestando a la demanda, conforme a los hechos que constan en citado escrito de contestación y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación solicitó la íntegra desestimación de la demanda; todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

CUARTO.- Por resolución de fecha 15 de diciembre de 2010 se tuvo a la parte demandada «**BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A.»** por comparecida y por contestada la demanda, señalándose para la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil el día 28 de diciembre de 2010. En esta fecha se celebró la audiencia previa y tras ratificarse las partes en sus escritos iniciales y no pudiendo alcanzarse acuerdo o transacción entre ellas, las partes propusieron las pruebas que tuvieron por conveniente consistentes en interrogatorio de las partes, documental, interrogatorio de testigos y prueba pericial, declarándose pertinentes todas ellas, señalándose para la celebración del juicio el día 24 de febrero de 2011.

QUINTO.- En el día señalado para la celebración del juicio, comparecieron las partes con su debida representación y asistencia, practicándose seguidamente las pruebas propuestas y declaradas pertinentes en la audiencia previa en la forma y con el resultado que consta en las actuaciones, formulando las partes sus respectivas conclusiones sobre el resultado de las pruebas respecto de los hechos controvertidos e informando sobre los argumentos jurídicos en que se apoyaban sus pretensiones, declarándose seguidamente la conclusión de los presentes autos para dictar sentencia dentro de los veinte días siguientes a partir del siguiente al de la terminación del juicio conforme a lo dispuesto en el artículo 434 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEXTO.- En la tramitación del presente juicio se han observado todos los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en la presente litis acción de nulidad contractual para que se dicte sentencia por la que:

1º) Se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 11 de julio de 2007, así como cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de la nulidad, con recíproca devolución de las prestaciones que hubieran sido objeto del mismo así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada;

2º) Subsidiariamente, que se declare la nulidad o, subsidiariamente se anulen y en cualquier caso se dejen sin efecto las siguientes cláusulas:

- a) Las relativas a los importes pagaderos fijos por el cliente, debiendo abonar en esos casos el cliente el mismo importe variable que el banco;
- b) Las relativas a los costes y causas de cancelación anticipada del contrato, permitiendo la cancelación o resolución anticipada sin coste alguno para las partes; con expresa imposición de costas a la parte contraria.

Frente a estas pretensiones de la actora se alza la parte demandada «BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A.» aduciendo que no concurren las circunstancias relatadas por la actora en su demanda para justificar la nulidad contractual pretendida.

SEGUNDO.- Planteada la cuestión litigiosa en los términos anteriormente expuestos no podemos dejar de hacer una breve referencia a la legislación y jurisprudencia aplicables al presente supuesto, muchas veces contradictoria, para centrar el debate y justificar la decisión que se adopte.

Las partes celebraron el 11 de julio de 2007 un contrato de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable, por el cual «BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A.» y el cliente «**....., S. L.**»; **DON B**; Y, **DON T** acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar ciertos tipos de interés sobre un importe nominal (coincidente con el del préstamo hipotecario) y durante el periodo de duración pactado para la operación, es decir, se trata de una relación contractual consistente a grandes rasgos (según parece entenderse, no sin dificultad, de lo contenido en la documental y lo explicado por las partes), en una permuta de intereses en la cual, sobre la base de una referencia (que no se aclara), «BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A.» abona unas cantidades para el caso de que determinados índices bancarios superen aquélla, y el cliente «**....., S. L.**»; **DON B**; Y, **DON T** lo hace cuando dichos índices estén por debajo de la misma. Si bien, esta operación es desarrollada en varios documentos extensos elaborados de manera unilateral por la entidad bancaria, con anexos, en los que se realizan varias remisiones (entre cláusulas de cada documento, así como entre documentos), se fija (sin razón aparente) una interpretación prevalente de los términos de un anexo, y se detalla un complejo método para cálculo de la consecuencia derivada del vencimiento anticipado por incumplimiento imputable al cliente. Por último, se determina que el agente de dicho cálculo es el propio banco. La primera circunstancia que destaca es que el Banco ofreció un producto calificado como vip (o para cliente minorista), a modo de seguro para evitar las pérdidas que se pudieran generar como consecuencia de una eventual subida de intereses, sin ser informada en ningún momento, del riesgo de pérdidas que ello podía suponer en caso de bajada de intereses. La parte demandada sostiene que la actora operaba en el mercado, que estaba suficientemente informada, y que mientras hubo ganancias no se denunció (obsérvese que estas últimas tampoco se concretan, siquiera para hacerse una idea indiciaria de esa aceptada apuesta de riesgo que se sostiene). Sobre este extremo, debe recordarse que la prueba de la suficiencia de la información facilitada es algo que se encuentra en el ámbito de



disponibilidad y facilidad probatoria del banco, de conformidad con el artículo 217.6 Ley de Enjuiciamiento Civil.

En definitiva, a partir de todo lo expuesto, se atisba un escenario en el que «**BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A.**» ha vendido a un cliente dedicado al sector de la hostelería (y desde luego, no especializado en mercados de inversión o en el ámbito económico financiero) un producto para asegurar riesgos derivados de los movimientos de mercado en relación a su margen de endeudamiento, sin advertir frente a la posibilidad de pérdidas de entidad. Así, tal producto se ha diseñado en un complejo sistema documental de difícil comprensión con multitud de cláusulas (redactadas todas ellas unilateralmente por la actora y con remisiones cruzadas), entre las que se incluyen cláusulas interpretativas, y la posibilidad unilateral de calcular el coste de la cancelación anticipada que, por supuesto, se cobra al cliente. Es decir, y éste es un dato clave del asunto, a través de todo este sistema financiero complejo, y a partir de una evolución normal de los índices bancarios en el marco de la actual crisis (como hecho notorio en los últimos años en los que se han venido a cumplir las expectativas macroeconómicas previstas desde el inicio de la crisis), lo que se vendió como un producto para asegurar determinados riesgos financieros, se acaba convirtiendo en unas pérdidas que en el presente caso rebasan ligeramente la cantidad nada desdeñable de 12.000 euros. *Y así, sin saber bien la razón, donde existía un producto seguro, tenemos una apuesta de riesgo (extremo que se concreta en el momento en que surgen pérdidas para el cliente); sin que por la entidad bancaria se ponga de manifiesto qué capital o activo concreto puso en riesgo en toda esta operación.*

Toda esta reflexión lo cual nos lleva a concluir que ha existido un claro vicio de consentimiento por causa de error en el objeto. Así, conviene recordar la doctrina jurisprudencial clásica que interpreta el mencionado artículo 1266 del Código Civil, y que establece como requisitos de la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento, que el error sea esencial e inexcusable, que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se haya podido evitar con una regular diligencia. En este



sentido, la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6820) señala que: «En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1978 (RJ 1978\1361) que "para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración - artículo 1261-1º y sentencias de 16 de diciembre de 1923 y 27 de octubre de 1964 (RJ 1964\4735) - que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar - sentencia de 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1944 (RJ 1945\16) - que no sea imputable a quien la padece -sentencias de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957 (RJ 1958\192) - y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado - sentencias de 14 de junio de 1943 (RJ 1943\719) y 21 de mayo de 1963 (RJ 1963\3586) -". De otra parte, como recoge la sentencia de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994\1096) , según nuestra 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 principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del Código Civil; es inexcusable el error (sentencia de 4 de enero de 1982 [RJ 1982\179]), 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 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 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 por la declaración».

Pues bien, analicemos la concurrencia de los requisitos expresados en relación al presente caso. En primer lugar, *el error que se aprecia es esencial*, puesto que afecta a la obligación principal del



contrato (el pago en función de la relación entre los tipos de interés y la referencia), al cálculo de su importe, y a la valoración de dicho riesgo del mismo.

En segundo lugar, **el error es sustancial**, en cuanto que afecta a un elemento nuclear del contrato y determina completamente la cantidad aquí reclamada; derivando además de actos descabidos para el que se obliga. En este sentido, se ha razonado en este caso sobre la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, la cual vino obligada (primero como cualquier otro contratante, y segundo, con mayor rigor si cabe, en el ámbito bancario) a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata. Sobre este extremo, se ha pronunciado en una reciente sentencia el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Gijón, en fecha 21 de enero de 2010. En la misma, se indica que «el deber de información, con mayor razón ha de estar presente en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por lograr claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, / en la que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que, de forma masiva, celebran contratos con bancos y otras entidades financieras». En esta línea, menciona la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de noviembre de 2008 (AO 2009/56) (reiterativa de otra del mismo Tribunal de fecha 14 de noviembre de 2005 [JUR 2007/43510]), en la que se dispone que «la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto a otros sectores, que conllevan la necesidad de procurar al consumidor una adecuada protección, tanto en fase precontractual, mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación), como en la fase contractual, mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación, a fin de que la relación guarde

un adecuado equilibrio de prestaciones; y como en fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación». Por último, la referida sentencia de instancia menciona la reciente reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (RCL 2007/2302), en la que el legislador refuerza esa obligación de transparencia de las entidades bancarias, en relación, entre otros, con los contratos como los que aquí nos ocupan (en la línea que, además, va marcando la legislación comunitaria). Y así, en este supuesto y tal y como se ha razonado, se ha acreditado una deficiente información de la operación financiera compleja en análisis.

En tercer lugar y relacionado con todo ello, *se trata de un error inexcusable* para la propia actora. Manifiesta «BI
S. L.»; DON BI ; Y, DON TI

que siguieron el consejo de la persona que se ocupaba de la administración de su empresa, a partir de la relación de confianza con el director de la sucursal bancaria, entendiéndolo que era un producto seguro y que, en su caso, daría beneficios. Sobre la cuestión, ya se ha argumentado que se trata de un contrato complejo y difícil de analizar, con cláusulas oscuras, que van deslizando fórmulas incompresibles para el empresario medio (que debe entenderse como aquel que no se dedica a los mercados de inversión), que generan además un desequilibrio de las prestaciones (en cuanto que el banco es quien, al final, determina la cancelación anticipada y el cálculo de la cantidad a pagar según el sistema por él ideado). El Tribunal Supremo en sentencia dictada el 13 de febrero de 2007 (RJ 2007/716) ofrece varios criterios al respecto, debiendo atenderse a las circunstancias de cada caso, y sin que el error pueda aprovechar a la parte que lo ha provocado. En este sentido, no se comparte la idea de que, por tratarse de una empresa, el empresario que la dirige debía haberse percibido de la trascendencia de lo que firmaba. Cualquier persona normal puede dirigir una empresa modesta (como la que aquí nos ocupa), y tener conocimientos del sector profesional al que se dirige (en este caso, el sector de la hostelería); y encontrarse, a su vez, en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario. Es decir, perfectamente puede tener un desconocimiento pleno del asunto, relacionándose con el banco



correspondiente, para obtener capacidad financiera para su empresa, a través del bancario correspondiente, con el cual a lo largo del tiempo se va desarrollando una relación de confianza. En consecuencia, se considera que su error fue inexcusable, puesto que no tenía específicos conocimientos en la materia (sin perjuicio de que tal situación o ausencia de formación tuvo que ser conocida por ese profesional bancario que había mantenido hasta entonces con él una relación de confianza), y dado que la persona de su empresa que le aconsejó en tal sentido no fue informada por el banco de manera transparente y suficiente, como se ha razonado. En esta misma línea, las recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de abril de 2009 (AC 2009\995), la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 27 de marzo de 2009 (AC 1999\1604), la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Bilbao de 15 de marzo de 2010 y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vigo de 28 de marzo de 2010.

En definitiva, debe entenderse que concurrió error en el objeto por parte de la actora «**S. L.;** DON
.; Y, DON T. a la hora de contratar las permutas de intereses expuestas con la parte demandada «**BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A.**», siendo nulo el consentimiento prestado conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 del Código Civil, faltando por ende, uno de los elementos esenciales del contrato.

Así pues, si no se facilitó a «**S. L.;** DON
B.; Y, DON T. la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y si, no pudiendo presumirse que aquélla tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía, de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como inexcusable. Así pues, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las



cosas que hubiesen sido materia del mismo con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el artículo 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005 [RJ 2005\3751], entre otras muchas).

Por todo lo anteriormente expuesto y en virtud de lo dispuesto en los artículos 1261 y 1300 del mencionado texto legal, el contrato de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable celebrado el 11 de julio de 2007 debe declararse nulo.

En consecuencia, la demanda formulada por «
 S. L.»; DON I; Y, DON
 , contra «BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A.»
 ha de ser estimada en su integridad, salvo la imposición de costas, declarando la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 11 de julio de 2007, así como cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de la nulidad, con recíproca devolución de las prestaciones que hubieran sido objeto del mismo así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada.

TERCERO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales que se hubieran podido devengar en esta instancia al presentar el caso planteado serias dudas de hecho y de derecho tal y como ha quedado expuesto en los razonamientos anteriores y toda vez que existen en la práctica judicial aplicable pronunciamientos contradictorios por lo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que me ha conferido la Soberanía popular y, en nombre de Su Majestad El Rey,



FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda formulada por la representación procesal de «I», S. L.»; DON; Y, DON, contra «BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A.», debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 11 de julio de 2007, así como cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de la nulidad, con recíproca devolución de las prestaciones que hubieran sido objeto del mismo así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales devengadas por lo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes.

Librese testimonio de la presente el cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro.

Notifíquese esta Resolución a las partes con la advertencia que contra la misma, que no es firme, cabe formular recurso de apelación que se preparará ante este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde el de su notificación, del que conocerá, en su caso, la Ilmo. Audiencia Provincial de Cantabria (arts. 455 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil debiendo constituirse y acreditarse en dicho momento el depósito previsto en la L. O. 1/2009, de 3 de noviembre, de 50 euros, en la cuenta de consignaciones de este Juzgado abierta en la entidad BANESTO, con indicación del concepto "recurso de apelación" y a través de una imposición individualizada.

Así, por esta mi Sentencia, juzgando definitivamente en única instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha, la anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. D. JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA, Magistrado-Juez que la suscribe mientras celebraba audiencia pública, doy fe.