

03/03/2011

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 5 DE RUBÍ
JUICIO ORDINARIO n° 140 / 2010

SENTENCIA n° 14/2011

En Rubí, a 1 de marzo de 2011,

Vistos por mí, Elena Calleja Curros, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 de Rubí y de su Partido Judicial, los presentes autos de Juicio Ordinario n° 140/2010, promovido por el procurador Sr. AGUILAR DE LA ROSA, en nombre y representación de S.L., asistido del letrado Sr. NAVAS MARQUES, frente a la entidad BANESTO S.A., representada por la procuradora Sra. PARIS NOGUERA y asistido de letrado Sr. RUIZ RODRÍGUEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16-02-2010 fue turnada a este juzgado demanda de juicio ordinario promovido por el procurador Sr. AGUILAR DE LA ROSA, en nombre y representación de S.L., asistido del letrado Sr. NAVAS MARQUES, frente a la entidad BANESTO S.A., en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad del contrato sobre operación de permuta financiera de tipos de interés suscrito en fecha 20 de diciembre de 2006, con la entidad demandada por no haber emitido el cliente un consentimiento válido al haberlo prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho, y en virtud de dicho pronunciamiento se condene a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas como consecuencia del funcionamiento del contrato cuya nulidad se postula, con indemnidad del derecho de la demandada a que se le abonen las cantidades pagadas a la actora durante la vigencia del contrato cuya nulidad se postula, más los intereses legales desde su reclamación. Todo ello, con expresa imposición de costas a la

Segundo.- NATURALEZA DEL CONTRATO

El contrato de permuta financiera, en su modalidad de permuta de tipos de interés o "swap de intereses" es un contrato consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y determinada, atípico, y aleatorio (*art. 1790 del C. Civil*), por el que las partes acuerdan intercambiarse entre sí, 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 nominal), 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. Se trata 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".

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 debido a su componente especulativo. En esta idea, debemos citar la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18 de junio de 2009*, que 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".

En este sentido, se pronuncia también la *Sentencia de 23/07/2010*, de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección: 5, Nº de Recurso: 292/2010, al disponer que "interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del *art. 1.799 Código Civil* tendiendo 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 su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes".

Tercero.- CUESTIÓN CONTROVERTIDA: NULIDAD CONTRACTUAL POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

La cuestión controvertida, reside en el caso enjuiciado, en determinar si existe nulidad contractual por vicio del consentimiento al haber prestado el representante legal de la actora, su consentimiento por error al no haber sido informado de las características del contrato de permuta financiera de tipos de interés que suscribió, ni de su alto riesgo, de modo que si bajaban los tipos de interés durante la vigencia del contrato, sufriría, como así ocurrió, pérdidas sustanciales.

Entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el *art. 1261 del CC*, 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 CC*, y que será nulo, según establece a su vez el *art. 1265* de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Como establece la Sentencia de 21-01-2010 del JPI nº6 de Gijón: “La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, **lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual**, en la que **cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia**, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona, lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta, responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio y si ello es así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón sí cabe ha de serlo en el ámbito de la **contratación bancaria**, todo ello puesto en relación con la normativa sobre normas y códigos de conducta.

Tal como establece la Sentencia de 23/07/2010, de la Audiencia Provincial de Oviedo, antes mencionada: “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 *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.*)”.

Establece la sentencia de 7/4/2010 de la AP de Pontevedra, Sección 1ª, rec.50/2010, que “Según el art. 1266 del CC, para que el error invalide el consentimiento ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto el contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo”. Es decir, para que el error sea invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio y además debe ser excusable, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (TS 3/3/1994 , 12/7/2002 , 24/1/2003 , 17/7/2006)”.

A la hora de apreciar la excusabilidad del error, la jurisprudencia atiende al criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y a la diligencia 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 exigible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas , y así , es exigible mayor diligencia cuando se trate de un profesional o de un experto y , por el contrario, la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociación con un experto, siendo preciso por último, para apreciar esa diligencia exigible , valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, afirmando las sents. de A. Prov. de Valencia de 26/4/206 y 14/11/2005 , sobre la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros , **que en el caso de productos de inversión complejos, la carga sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del que 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 es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.**

Establece la sentencia de la AP de Pontevedra de 7/4/2010, que “las entidades bancarias

disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permiten obtener la mayor rentabilidad y que, en los contratos litigiosos, de carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y por ende, del índice referencial, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión... Y la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado y que este estaba obligado a proporcionar, acerca de las características de los productos suscritos por el demandante así como el alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas conlleva a tener concurrentes los presupuestos de la existencia de error excusable en las demandantes sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar el consentimiento”.

Dicho de otro modo, en la medida que el Banco tomó la iniciativa en la contratación y tenía su propio interés en el contrato, es de suponer que la elección de las diversas variables del mismo (tipos de interés aplicables, periodos de cálculo, costes...) no puede ser caprichosa, sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuaciones de intereses y precisamente la información relevante para el cliente en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro de los tipos de interés referencial, pues solo así el cliente puede valorar, con conocimiento de causa, si la oferta del banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo, y cálculo propuestas, satisface o no su interés (A Prov. Oviedo 27/1/2010).

Cuarto.- NORMATIVA APLICABLE

El art. 48.2 de la ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, establece como criterios que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

La ley 24/1988 de 28 de julio del mercado de valores, con anterioridad a su reforma por ley 47/2007 de 19 de diciembre, en su art. 2 establece como, comprendidos dentro de su ámbito, una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentra 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. Por una parte los art. 78 y ss. exigen a todas cuantas personas o entidades ejerzan de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, con expresa mención a las entidades de crédito, una serie de normas de conducta, tales como 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. Es esencial la exigencia a la entidad de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan y sin esa información, la entidad debe abstenerse de recomendar la inversión al cliente.

El RD 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, derogado por el RD 21//2008 de 15 de febrero reguló, en el apartado relativo a la información a los clientes imponía 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 atención adecuados para encontrar 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 las operaciones que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañadas de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

De diversas Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España en fechas 3/6/2009, 23/6/2009 y 24/6/2009, cabe extraer que:

- el contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.
- para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior

a la que posee la clientela bancaria en general.

- se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén 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 y usos financieros.

- entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta 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 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.

- las entidades, antes de formalizar la contratación de estos productos 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 de tipos a pagar y cobrar en cada periodo; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permita, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y a cobrar, para el periodo 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. Se llega a considerar procedente que se incorpore, a modo de ejemplo, un cuadro que cuantifique el importe de cada liquidación en función de los distintos escenarios de tipos de interés.

Cuarto.-VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Pues bien, partiendo de la normativa y jurisprudencia expuesta en los fundamentos

anteriores, debemos de analizar los siguientes datos fácticos acreditados de relevancia para la resolución del caso enjuiciado:

Según resulta de la declaración de ..., gerente de empresas de la oficina nº2558 de Banesto en Rubí en la fecha del contrato, éste visitaba “bastante a menudo” las oficinas de la PYME ..., que tenía contratadas con Banesto pólizas de descuento. La relación del empleado de Banesto con el administrador único de ..., la reconoció como cercana, habitual, estrecha y de confianza. En una de estas visitas, el ..., como también reconoció en juicio, le ofreció al Sr. ... un producto financiero, por tratarse de un cliente especial (“todos lo son, afirmó el gerente), que según sus palabras, pretendía proteger el impacto de las subidas de los tipos de interés. No resultó controvertido, el hecho de que era el empleado de Banesto el que visitaba siempre la sede de ... para facilitar las gestiones del banco con el cliente, evitando que el Sr. ... tuviera que desplazarse a la entidad financiera. Tampoco se discutió que el contrato “swap” fue firmado por las partes en la sede de Redisco en una visita del Sr. ...

..., administrador único y representante legal de ..., había estudiado el bachillerato y cursado programas de ventas y marketing, pero carecía de formación universitaria.

..., en la fecha de celebración del contrato “swap”, tenía suscrito con Banesto un préstamo por importe de 330.000 euros y el endeudamiento medio anual de la PYME ascendía a 1.515.000 euros.

El contrato suscrito entre las partes el 20 de diciembre de 2006, de permuta financiera de tipos de interés (cuya copia se aporta como doc. nº1 de la demanda y obra en autos también el original), es un contrato marco, con unas condiciones generales y unas condiciones particulares, que en síntesis son las siguientes:

El tipo de operación se describe como “una permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo fijo variable”.

El importe nominal pactado fue de 800.000 €; la fecha de inicio, el 29 de diciembre de 2006; la fecha de vencimiento, el 29 de diciembre de 2011; la duración, 5 años, las liquidaciones, semestrales.

Se establece, en la página segunda del contrato, dentro de un apartado de importes fijos,

que será pagador el cliente, siempre y cuando el tipo variable de referencia determinado para un periodo de cálculo sea igual o inferior a la barrera aplicable. El tipo variable de referencia es: "el euribor a 6 meses fijado al inicio de cada periodo de cálculo, que es el tipo de interés actualmente publicado en la página de Reuters Euribor01 los días hábiles anteriores al primer día del periodo de cálculo relevante. Referencia de liquidación para el tipo variable. Euribor-telerate".

El tipo fijo aplicable: Periodo de cálculo:

- 1(3'70%),
- 2, 3 y 4(3'85%),
- 5, 6, 7, 8 (3'95%),
- 9 y 10 (4'00%).

La barrera aplicable: Periodo de cálculo

- 1(4'10%)
- 2(4'20%)
- 3 y 4 (4'25%)
- 5 y 6(4'30%)
- 7 y 8(4'35%)
- 9 y 10 (4'40%)

Se establece otro apartado de importes variables, en el que será pagador el cliente, siempre y cuando el tipo variable de referencia determinado para un periodo de cálculo sea superior a la barrera aplicable. El tipo variable de referencia es: "el euribor a 6 meses fijado al inicio de cada periodo de cálculo, que es el tipo de interés actualmente publicado en la página de Reuters Euribor01 los días hábiles anteriores al primer día del periodo de cálculo relevante. Referencia de liquidación para el tipo variable. Euribor-telerate.

Como consecuencia de las condiciones particulares establecidas en el contrato, durante los cuatro primeros periodos de cálculo, en el que el euribor a 6 meses estuvo en tipos cercanos al 4%, Redisco recibió 546 euros y en el primer trimestre del periodo 5, en el que el tipo se situó en el 3'092%, tuvo que pagar a Banesto, 3.470'13 euros (liquidaciones reflejadas en el doc.nº2 de la demanda)

Teniendo en cuenta los datos transcritos del contrato y tal como se desprende del informe pericial (doc.nº3 de la demanda), ratificado en el acto del juicio por el Sr. Navas, (que se considera objetivo y especialmente ilustrador, a pesar de haber sido tachado por la demandada por ser hermano del letrado de la actora) en la hoja 7, en un escenario de subida de 2 puntos de los tipos, el contrato de permuta no protege al Sr. . El incremento de tipos supone pagar más por el endeudamiento. En un escenario de bajada de puntos, el haber suscrito el contrato de permuta le supone al Sr. no poder beneficiarse en su endeudamiento de las bajadas de tipos.

En la página 10, se muestra el gráfico en el que el sr. [redacted] obtenía cobertura. En el cuadro 3 se tiene en cuenta sólo el contrato de permuta. El único rango en que el demandante obtiene cobertura es aquel en el que los tipos oscilan entre el tipo fijo aplicable según el periodo de cálculo y el tipo barrera. Es decir, en el primer periodo de cálculo, sólo obtendrá cobertura si el tipo se sitúa entre el 3'70 y el 4'10. Por encima, el efecto es neutro, ni Banesto gana ni el cliente pierde. Por debajo, el cliente siempre paga el tipo fijo por el capital nominal y recibe de Banesto un tipo inferior sobre el capital nominal, por lo que siempre pierde.

En el cuadro 4, se tiene en cuenta el contrato de permuta y el endeudamiento de [redacted]. En este caso, el rango del Euribor en el que el cliente está protegido es el mismo, pero si se sitúa por encima, el contrato de permuta no le protege de las subidas de los tipos de interés, que no se aplicarán a su endeudamiento, por lo que [redacted] siempre pierde.

La posibilidad de cobertura que ofrecía este contrato a [redacted] se encontraba en un margen de 0'40% (diferencia entre 4'10 % y 3'70% en el primer periodo o del 4'40% y el 4% en el último). Por el contrario, si el euribor sube o baja fuera del rango de cobertura, siempre pierde [redacted].

En relación a la previsión de la evolución de tipos, adjunta el perito boletín de diciembre de 2006, de proyecciones macroeconómicas elaboradas por el Banco Central Europeo, en el que se recoge un ligero descenso de los tipos de interés hasta un valor medio del 3'8% en el 2008.

Por tanto, la cuestión controvertida reside en determinar si el Sr. [redacted] conocía la naturaleza del contrato suscrito y si en el caso de desconocerla, era posible que llegara a su conocimiento a través de la diligencia de un hombre medio y por ello el error en la contratación alegado, además de esencial, era susceptible de calificarse como inexcusable. Para resolver dicha cuestión, debe analizarse el tipo de información prenegocial que se ofrece a Redisco sobre el producto a contratar, teniendo en cuenta la jurisprudencia expuesta anteriormente en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del que 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.

Alega el s. [redacted] que fue el Sr. [redacted], que visitaba semanalmente las oficinas de

y en el que confiaba, el que le ofertó el contrato swap, como una cobertura frente a las subidas de los tipos de interés, una especie de seguro gratuito.

En el contrato de adhesión suscrito, fue Banesto el que determinó el plazo (5 años), los tipos barrera y los periodos de cálculo, así como la cuantía de la deuda que se estabilizaba (800.000 euros).

De la propia declaración del Sr. [redacted], gerente de empresas de Banesto de Rubí que ofertó el producto, se desprende que no se cumplió con las exigencias legales y que no informó al demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato en los términos que se exponen en los fundamentos anteriores, como tampoco que el producto ofertado quedaba caracterizado por su alto riesgo.

El Sr. [redacted] no pudo explicar por qué el contrato se había realizado con 5 años de duración ("no sé porque se hace a 5, teníamos varias opciones, a 3, a 5 a 7, a muchos años"), no pudiendo aclarar en función de qué se establecía un determinado plazo ni por qué se limitaba el periodo ("lo desconozco", contestó) pero de un modo contradictorio afirmó que las opciones eran flexibles y personalizadas. No respondió a la pregunta relativa al plazo de las previsiones de la evolución de tipos que había hecho el Banco limitándose a contestar que todas las previsiones realizadas estaban rotas. Conforme a la jurisprudencia analizada en el fundamento anterior, en la medida que el Banco tomó la iniciativa en la contratación y tenía su propio interés en el contrato, es de suponer que la elección de las diversas variables del mismo (tipos de interés aplicables, periodos de cálculo, costes...), no pudo haber sido caprichosa, y si tal como afirmó el Sr. [redacted], existían varias opciones, se concluye que la presentada a [redacted], tuvo que haber sido valorada por el Banco como beneficiosa para sus intereses, previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuaciones de intereses.

En relación a si había informado al cliente que se trataba de un producto de alto riesgo, contestó evasivamente que le había informado que era un producto que básicamente reducía el impacto de las subidas de los tipos de interés. Aseguró haber presentado unas simulaciones de escenarios de tipos optimista y pesimista (hecho que fue negado por [redacted]) pero lo cierto es que ni se incorporan al contrato ni se aportan en la contestación de la demanda, en virtud de la carga probatoria que le incumbía a la demandada. Tampoco se acompañaron al contrato, el contrato marco de operaciones financieras (CMOF), o las definiciones "2000 ISDA Definitions", conforme a los cuales se interpretarán los términos contenidos en las condiciones generales y particulares que no estén expresamente definidos en ambos documentos (como resulta de la redacción del

contrato de permuta financiera en su primera hoja).

Es más, el propio Sr. [redacted] manifestó en el acto del juicio que desconocía el contenido del contrato porque no lo había redactado él, sino el Banco y que no lo podía explicar. Esta afirmación indica, sin lugar a dudas, que difícilmente se lo pudo explicar en su momento con claridad al representante de [redacted], puesto que siendo un profesional que se dedicaba a ofertar esta clase de productos, no debería haberle supuesto un problema examinar el contrato obrante en autos y explicarlo, lo que nos permite concluir que si el Sr. [redacted] no pudo hacerlo, una persona sin formación financiera apenas podía descifrarlo. En concreto, en relación al tipo de referencia de liquidación para el tipo variable indicado en el contrato con la expresión: "Euribor-telerate", manifestó que desconocía el significado del término "telerate".

Por todo ello se concluye que a pesar de que en la hoja 4 del contrato se incluye un aviso importante sobre el riesgo de la operación, que se relaciona con la estipulación cuarta "riesgos", donde se recoge que cada parte manifiesta en este acto a la otra que a la fecha existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento técnico), y de hecho se ha entendido, los términos y riesgos de la operación...tal previsión no se ajustaba a la realidad, porque ninguna información sobre los riesgos de la operación se facilitó al Sr. [redacted], que firmó el contrato confiando en el asesoramiento prestado por el gerente y en que resultaba beneficioso para su empresa.

A ello se le une la absoluta desinformación proporcionada por el empleado de Banesto acerca de la posibilidad de cancelación anticipada del contrato, teniendo en cuenta que en el contrato no se incluye referencia específica 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, "es 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". En este sentido, el testigo Sr. [redacted], responsable de productos de mercado de Banesto, declaró en juicio que en septiembre de 2009 había visitado las oficinas de [redacted] porque el Sr. [redacted] quería saber el coste de cancelación del contrato de permuta y para ello, el Banco tenía que pedir cotización a la mesa de tesorería, que era la que les proporcionaba el precio de cancelación, circunstancia que indica la total indeterminación previa del exacto precio de cancelación del producto financiero.

En virtud de todo lo expuesto, queda suficientemente probado, que el Banco demandado no actuó en cumplimiento del deber de información exigible en tales casos, en los que es

la propia entidad la que toma la iniciativa en el contrato, ofertando un producto. Debe tener en estos casos, un plus de lealtad con el cliente potencial y extremar al máximo las consecuencias de ese deber de información, y cumplir las exigencias de la buena fe contractual que exige el art. 7 del Código Civil y la LMV, que exige expresamente la buena fe contractual y que en las relaciones Banco cliente, aquél vele por los intereses de éste como si fueran los suyos propios.

Por todo ello, debemos estimar íntegramente la demanda, al concluir que el contratante en su día, firmó el contrato porque la información ofrecida por el Banco le indujo a error sobre las características del producto ofrecido, al haber quedado acreditado que se produjo una información defectuosa imputable al Banco contratante, sobre el producto ofrecido, dándose los presupuestos para considerar que el error reúne los requisitos jurisprudenciales para determinar un vicio del consentimiento y por ello, producir la nulidad del contrato

QUINTO.- NULIDAD DEL CONTRATO.

Por lo expresado, y al concurrir la aplicación del Artículo 1.265 del Código Civil, que establece que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad del contrato de de permuta financiera de tipos de interés celebrado el 20 de diciembre de 2006, y dejar sin eficacia lo ejecutado durante su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato.

SEXTO.- COSTAS

En materia de costas procesales establece el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, por lo que en el presente caso procede su imposición a la demandada

Vistos los preceptos legales citados, así como los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO íntegramente la demanda formulada por el procurador Sr. AGUILAR DE LA ROSA, en nombre y representación de [redacted] S.L., asistido del letrado Sr. NAVAS MARQUES, frente a la entidad BANESTO S.A., representada por la procuradora Sra. PARIS NOGUERA y asistido de

letrado Sr. RUIZ RODRÍGUEZ y en consecuencia debo declarar la nulidad del contrato de de permuta financiera de tipos de interés celebrado el 20 de diciembre de 2006, con la obligación de las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados, con los intereses legales. Todo ello, con expresa imposición de costas a la demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas en legal forma.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo en el plazo de 5 días a partir del siguiente al de su notificación previa consignación de depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión de la original en el Libro de sentencia.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo, Elena Calleja Curros, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Rubí.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, por el Sr. Juez que la suscribe, celebrando audiencia pública en el local del Juzgado, y en el mismo día de su fecha. Doy fe.