

VANESSA ALONSO FERNANDEZ  
Procuradora dels Tribunals

General Prim 13, Baixos  
08980 Sant Feliu de Llob.  
Tel.: 936856397 Fax: 936856396  
vane.alonsoprocuradora@gmail.com

Mi Ref.: A-5710

Ldo.: CARMEN ROMAN MAZUECOS

Cliente: JOSE [REDACTED]

F.Notif.: 11/05/11

Juzgado Primera Instancia 4 Sant Feliu de Llobregat  
Dalt, 10-12  
Sant Feliu de Llobregat Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 841/2010 Sección B

Parte demandante BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, SA  
Procurador MIGUEL A. MONTERO REITER  
Parte demandada Jose [REDACTED]  
Procurador VANESSA ALONSO FERNANDEZ

### SENTENCIA 106/11

En Sant Feliu de Llobregat, a 2 de mayo de 2.011.

Vistos por Dña. Elena Campos Martín, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de los de esta ciudad los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 841/10-B a instancia de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA representada por el Procurador de los Tribunales D.Miguel Ángel Montero y defendido por el Letrado Dña.Marta Carreras del Rincón contra D.JOSÉ [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales Dña. Vanessa Alonso Fernández y defendido por el Letrado Dña. Patricia Gabeiras Vázquez, dicto la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 16/09/2011 se interpuso por el Procurador de los Tribunales D.Miguel Ángel Montero, demanda de juicio ordinario en nombre y representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA contra D.JOSÉ [REDACTED].

Mediante decreto de fecha 29/09/11 se admitió a trámite la demanda y se emplazó al demandado quien contestó dentro los veinte días que la ley dispone a dicho efecto, oponiéndose a la demanda.

**SEGUNDO.-** Las partes fueron convocadas a la audiencia previa que tuvo lugar el día 7/2/11, en la sala de vistas de éste juzgado. En el acto de la audiencia previa se fijaron los hechos controvertidos y sobre los mismos cada parte propuso prueba, procediendo SS<sup>a</sup> a admitir la prueba que consideró útil y pertinente, señalando fecha para la celebración de juicio.

**TERCERO.-** En la fecha señalada para la celebración del juicio 1/04/11 se practicó la prueba admitida y se formularon conclusiones en la forma que resulta del DVD. SS<sup>a</sup> declaró los autos vistos para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por el actor BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA se ejercita acción contra D.JOSÉ [REDACTED], solicitando se condene al mismo a abonar 15.608,94 euros con más intereses devengados desde la liquidación practicada en fecha 2 de julio de 2010.

En sustento de su pretensión BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA sostiene esencialmente que: primero, en fecha 30 de septiembre de 2008, el demandado suscribió con la actora "contrato de operaciones financieras" mediante el que acordaron intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar ciertos tipos sobre un importe nominal y durante la vigencia del contrato; segundo, el demandado incumplió con la obligación asumida; tercero, en fecha 2 de julio de 2010, la demandante dio por vencido anticipadamente el contrato por razón de incumplimiento y emitiendo en fecha 13 de julio de 2010 certificado de saldo resultante del vencimiento anticipado y correspondiente liquidación; cuarto, el demandado no ha satisfecho el pago.

Por su parte, el demandado se opuso a la pretensión deducida de contrario aduciendo, también esencial y resumidamente, si bien es cierto que celebró el contrato que se afirma, no lo es menos que ello fue consecuencia de la confianza depositada en el director de la sucursal de la entidad -D.Francisco [REDACTED]- quien le recomendó la contratación de aquel en tanto "seguro" sin riesgo alguno, ni coste de cancelación. En concreto, el demandado sostiene que no se le advirtió del riesgo que asumía para el caso de bajada de los tipos de interés (pese a ser este un escenario que se verificó inmediatamente después, ya que ninguna liquidación fue positiva para el mismo), que el contrato se redactó con términos ambiguos y que es claramente inequitativo por razón del desequilibrio entre los eventuales beneficios a obtener y el riesgo de pérdida asumido. Como correlato solicita que se desestime la demanda y se declare la nulidad del contrato: 1. por error en el consentimiento (conforme al art 1265 CC y concordantes); 2. por dolo omisivo (por falta de información); 3. por inexistencia de causa en el contrato (por indefinición bajo la expresión "estabilización de costes"); 4. por vulnerar la normativa (imperativa) protectora de los usuarios de servicios bancarios que contratan instrumentos financieros tanto en la condición de usuario adherente (por vulneración del art 80 y 82 y 83LGPPCU cuanto art 7 y 8 LCGC) cuanto como cliente bancario minorista (por vulneración de la Ley 26/88 de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y de la Ley 24/88 de 28 de julio del Mercado de Valores).

Llegados a este punto, un ordenado examen de la cuestión litigiosa exige, en primer lugar, examinar la naturaleza del contrato celebrado por razón de su objeto (contrato de permuta de tipos de interés), normativa a la que quedaba sujeta la celebración del mismo, circunstancias de la celebración del contrato en orden a la formación de la voluntad y eventual concurrencia de error en el consentimiento y, por ende, efectos de la misma. Y en su caso, dado que no concurra dicha causa de nulidad examen de las demás alegadas; a saber, dolo omisivo, inexistencia de causa e incumplimiento de disposiciones normativas determinantes del ámbito de libertad contratual ex art 1255 CC.

**SEGUNDO.-** Pues bien, conforme a lo expuesto se plantea en primer lugar examinar la naturaleza jurídica del contrato litigioso que reviste, sin lugar a dudas las características de un contrato Interest Rate Swap o swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como aquel en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Si bien inicialmente, este tipo de contratos se celebró entre dos interesados - normalmente grandes empresas- que el Banco ponía en contacto interponiéndose entre las partes (por cuanto cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos, de modo que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas) actualmente los Bancos contratan por iniciativa propia (sin que existan clientes recíprocamente interesados ex antes), asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

Los denominados contratos "swap" son negocios jurídicos atípicos en nuestro ordenamiento jurídico, si bien válidos al amparo del art. 1.255 CC y 50 y ss del Código de comercio, siempre claro está que su clausulado respete los principios y normas generales de la contratación. Además de la atipicidad, según la doctrina, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de contrato principal, bilateral, sinalagmático y aleatorio y en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia y mediante la fórmula de compensación, durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Efectivamente, dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce sobre un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es consustancial a tal clase de contratos. Y si bien su finalidad principal es protegerse frente a las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole especulativa, lo que explica que no lo sean sobre la deuda pendiente de amortizar en cada momento sino sobre el nominal inicialmente convenido.

**TERCERO.-** Conforme a lo expuesto se planteó, en segundo lugar, examinar someramente la normativa aplicable a tal clase de contratos y, así, conviene citar, en primer lugar, la ley 26/1988 de 29 de julio (RCL 1988, 1656 y RCL 1989, 1782) sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito en cuyo art. 48.2, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su cliente 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.

Igualmente parece oportuno decir que la ley 24/1988 de 28 de julio (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) del Mercado de Valores, reformada por ley

47/2007 de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302), cuyo art. 2 viene a establecer, 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 o no. Pues bien, dicha ley, en los art. 78 y ss. exige 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 .

Se trata, en suma, de que las entidades suministren a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y dediquen a cada uno el tiempo y atención adecuados para encontrar productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Igualmente se exige que la información a la clientela sea clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo especial hincapié en los riesgos que cada operación conlleva y ello, por supuesto, ha de entenderse muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. En suma se trata de que el cliente conozca con precisión los efectos de las operaciones que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y explicada.

Añadir, como ha recogido ya la jurisprudencia por su valor en orden a resolver, 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. En caso contrario se considera que su actuación es 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.

- en definitiva, 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 permuto, 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 permuto 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 permuto 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.

Y por último, vista la pretensión que se deduce, son de obligada cita los preceptos del Código civil que disponen los requisitos esenciales de todo contrato. Y así, el art. 1.261 del CC que exige consentimiento, objeto y causa (...) el art. 1.262 CC que establece que el consentimiento de los contratantes se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato y que será nulo, según establece a su vez el art. 1.265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

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. En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio y además debe ser excusable, esto es, 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. De hecho, como se lee en la STS de 3 de marzo de 1994 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. 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 frente a la menor diligencia exigible a persona inexperta (que negocia con un experto) Por último ha de tenerse en cuenta que para apreciar esa diligencia exigible habrá que valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no. La Sentencia de AP de Pontevedra de 7 de abril de 2010 dice 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- -como el de estos autos- 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 profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión.

Por último, en cuanto a la carga de la prueba, ha de tenerse en cuenta que la carga sobre la existencia de un adecuado asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del que la diligencia exigible es específica (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 adecuada.

**CUARTO.-** En el presente caso del examen de toda la prueba practicada en juicio resulta, categóricamente, que el demandado - D.José [REDACTED] celebró el contrato con la entidad demandante tras formar inadecuadamente su voluntad contractual, prestando un consentimiento viciado por error. Efectivamente, el demandado formó su voluntad y prestó consentimiento a partir de la información suministrada por la entidad de crédito -mediante el director de la sucursal correspondiente y que compareció a juicio en condición de testigo- quien calificó el contrato como "seguro" e insistiendo en la idea de que se trataba de una operación exenta de riesgo pues, para el caso de producirse liquidaciones negativas, el propio Banco asumiría el compromiso de crear un nuevo producto que lo compensara.

Lo expuesto resulta probado a la vista de las manifestaciones efectuadas ya no por el Sr. [REDACTED] sino por el propio director de la sucursal D.Francisco [REDACTED] quien intervino en calidad de testigo y que reconoció ser cierto que con carácter previo a la celebración del contrato el Sr. [REDACTED] no fue puntual y debidamente informado conforme a la realidad del contrato y objeto del mismo

por referencia a las consecuencias de la bajada de los tipos (mediante oportunas simulaciones, por ejemplo) ni de los reales riesgos que asumía. Por el contrario, el testigo D.Francisco [REDACTED], Director de la sucursal manifestó que hizo creer al Sr. [REDACTED] que concertaba un contrato de seguro ("lo vendían como un seguro", minuto 11:00DVD) y que para el caso de producirse una bajada de tipos, no pagaría nada de su bolsillo.

El citado testigo -director de la sucursal que de forma directa e inmediata celebró el contrato de autos, actuando en representación de la actora- sostuvo que en aquellas fechas la entidad bancaria desarrollaba una política de venta "agresiva" y que recibían órdenes directas para celebrar el mayor número de contratos (de esta naturaleza) posibles y que además, sus superiores les instaban a la mayor captación de clientes posible con la argucia de calificar el contrato como contrato de seguro (sin prima) y siendo, además, que no informaban de los riesgos que conllevaban tal clase de contratos para el caso de bajada de tipos e instando sin más una "venta" masiva. El mismo testigo añadió que, pese a que se le encomendaba la "venta" del contrato, lo cierto es que con carácter previo no se le formó (ni informó) adecuadamente, aperciéndole de la realidad que se produciría para el caso de verificarse un escenario bajista, ni se le dotó de información alguna (sobre previsiones) que, en su caso, le hubiera permitido aprehender los riesgos del producto que ofrecía, para el caso de bajada de tipos e informar, debidamente, para que los clientes pudieran formar de manera óptima la voluntad contractual. En detalle, el testigo Sr. [REDACTED] sostuvo que carecía de un modelo (simulación) con el que ilustrar a los clientes sobre lo que acontecería para el caso de verificarse una bajada de los tipos -como después aconteció- y que, igualmente, carecía de simulación alguna para el caso de cancelación, ni se explicitaba el coste de la misma al tiempo de contratar. El citado testigo insistió en haber transmitido -por indicación de sus superiores- la idea de que el contrato que se concertaba era un seguro, sin prima y sin riesgo alguno.

Las manifestaciones del citado testigo se ponderan favorablemente al objeto de constituir prueba de los hechos por cuanto el mismo sostuvo carecer de interés en el resultado del juicio, en tanto tercero ajeno y sin que obre circunstancia que le haga sospechoso de animadversión o parcialidad de clase alguna a la vista de lo manifestado en juicio, a preguntas de quien resuelve, sobre este particular.

Pues bien, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato celebrado, que conforme a lo expuesto en los fundamentos precedentes y a la vista de lo manifestado por el perito D.David García Muntané, responde sin ningún género de dudas a la naturaleza de swap o contrato de permuta. Y visto por otro lado la forma deshonesto (por cuanto parca en información) con la que actuó la representación del Banco, omitiendo información capital sobre el verdadero riesgo del contrato que suscribía y riesgos inherentes o modo (coste) de cancelación, ha de concluirse que la voluntad del demandado al celebrar el contrato adoleció de vicio esencial, al prestar el consentimiento. El Sr. [REDACTED], con formación básica y carente de experiencia inversora -pese a que la permuta financiera es un producto derivado (producto de inversión complejo)- celebró un contrato de naturaleza especulativa de alto riesgo, pese a desconocer circunstancias capitales que, a la vista de la prueba practicada, fueron deliberadamente ocultadas por el Banco.

Y todo ello, máxime cuando siendo que la entidad tenía su propio interés en el contrato, es de suponer -como se infiere de la pericial aportada por el demandante- que la elección de las diversas variables del mismo (tipos de interés aplicables, periodos de cálculo, costes...) no fue caprichosa, sino que por el contrario obedeció a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuaciones de intereses.

Como tiene dicho la jurisprudencia, 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. Ello, como no puede ser de otro modo, otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual para que cada uno de los contratantes pueda obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia. Un óptimo desarrollo de tal fase previa permitirá llegar a prestar consentimiento válido y que el contrato se perfecciona lo haga con plena asunción de los términos en que éste se concreta que, así, responderán a su verdadera y real voluntad.

Y precisamente la información relevante para formar -correctamente- la voluntad el cliente en lo relativo al riesgo de la operación -la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro de los tipos de interés referencial- así como demás circunstancias del contrato -coste para desvincularse de la obligación- que hubiera permitido al cliente valorar, con conocimiento de causa, si la oferta del Banco satisfacía o no su interés, era la este estaba obligado a proporcionar y no haciéndolo, el demandante incumplió con sus obligaciones y coadyuvó de forma esencial en la producción del error que sufrió la otra parte.

Efectivamente, la calificación de la naturaleza del contrato arrastra, necesariamente, la aplicabilidad de las normas protectoras que se han venido mencionando en anteriores fundamentos de derecho y las mayores exigencias de información, de modo que desconociendo la verdadera trascendencia de su consentimiento por referencia al objeto del contrato, el consentimiento prestado se halla contaminado y viciado por error que ha de calificarse como excusable - en atención a la carencia de experiencia y conocimientos inversores del demandado- y como correlato, de conformidad con los arts. 1300 y ss. CC procede, en los términos instados, desestimar la demanda por nulidad de la obligación asumida al hallarse viciado por error el consentimiento prestado.

**QUINTO** Por aplicación del principio del vencimiento, las costas procesales causadas se imponen al demandante (art. 394 LEC).

**V I S T O S** los preceptos citados y demás de pertinente aplicación al caso de autos

## **F A L L O**

**DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por **BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA** contra **D.JOSÉ [REDACTED]**

y ABSOLVER A D.JOSÉ [REDACTED] de todos los pedimentos efectuados en su contra .

Las costas procesales causadas se imponen a la parte actora.

Contra la presente sentencia cabe interponer ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de cinco días siguientes a su notificación, conforme a las disposiciones del art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil

**PUBLICACIÓN:** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.