

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2
VALLADOLID**

**DAVID VAQUERO GALLEGO
PROCURADOR**

**FECHA DE NOTIFICACIÓN
9 mayo 2011**

SENTENCIA: 00249/2011

SENTENCIA - núm. 249

En Valladolid, a 5 de mayo de 2011

Visto por el Ilmo. Sr. D. Angel González Carvajal, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Valladolid, los presentes autos de juicio ordinario nº 823/2010 promovido por **R-- -----, S.L.**, representada por el/a Procurador/a Sr/a. VAQUERO GALLEGO y defendida por el/a Letrado/a Sr/a. FERNANDEZ DE LAMADRID, contra **BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A.**, representada por el/a Procurador/a Sr/a. ABRIL VEGA y defendida por el/a Letrado/a Sr/a. JIMENEZ GUTIERREZ. Sobre nulidad contractual en cuantía procesal indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte demandante presentó demanda de juicio ordinario el 24 de mayo de 2010, en la que tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que consideró de aplicación, concluyó con el suplico de que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad o anulabilidad de los contratos de producto financiero de 10 de mayo de 2007 y 21 de julio de 2008 celebrados entre las partes, y se condene a la demandada a estar y pasar por esta declaración, retrotrayendo los efectos del mismo al momento anterior a su celebración retrotrayendo las liquidaciones practicadas y las que se practiquen durante la vigencia del contrato, con imposición de costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada que compareció en el procedimiento y contestó a la demanda en sentido de formular oposición, solicitando una sentencia desestimatoria con imposición de costas a la otra parte.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, ante la falta de acuerdo, las partes ratificaron sus respectivas pretensiones, y, propusieron las pruebas de documentos e interrogatorios de partes y testigos, que se practicaron en el acto del juicio

celebrado el día 5 de abril de 2011, y después de formular conclusiones, todo ello con el resultado que obra grabado en soporte audiovisual en las actuaciones, quedó el procedimiento finalizado para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda se pretende la anulación de los contratos "sobre operaciones financieras" suscritos por las partes -R-- -----, S.L. y el BANCO ESPAÑOL DE CREDITO-en fechas 10 de mayo de 2007 y 30 de julio de 2008. Se fundamenta en esencia la pretensión actora, en la concurrencia de vicios en la formación del consentimiento por ausencia o insuficiencia de la debida información sobre las complejas características del producto contratado, solicitando el consiguiente efecto restitutorio recíproco de las prestaciones a que han dado lugar las dos operaciones concertadas.

La entidad bancaria demandada se opone a la demanda, alegando en síntesis, que los dos contratos firmados son perfectamente comprensibles en sus términos en los que se advierte sobre el riesgo de este tipo de operaciones financieras, se proporcionó al cliente la información pertinente, quien prestó un consentimiento plenamente válido, al punto de haber celebrado dos contratos del mismo tipo, e instar su ineficacia precisamente cuando el resultado de las liquidaciones resultantes en aplicación de los mismos es negativo.

SEGUNDO.- Previamente a examinar la cuestión sobre los vicios del consentimiento se hace preciso analizar las características de las operaciones financieras formalizadas por los litigantes, que en la documentación contractual se califican dentro del tipo de "permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variables", que es una modalidad de las permutas de tipo de interés *swap* -en terminología anglosajona- en cuya virtud los contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo determinado; las partes quedan pues obligadas a intercambiar los pagos que deriven de la aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia (nacional), y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce

jugando con un índice de interés variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es característica de estos contratos. La finalidad que normalmente se persigue con esta clase de productos, es la de cobertura del coste financiero ante las variaciones experimentadas por los tipos de interés, aunque también puede responder a una motivación especulativa por ejemplo, cuando se contrata por un nominal que excede del importe de la deuda contraída por el cliente el cual gana o pierde según evolucione el tipo de interés.

En el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas, pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés.

TERCERO.- El artículo 1.265 CC dispone que será nulo el consentimiento prestado por error, estableciendo el artículo 1.266 CC que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. Para que el error sea invalidante (Ss.TS de 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006) debe reunir dos requisitos: 1) que sea esencial, porque recaiga sobre alguna de las condiciones relevantes del contrato, esto es, las que de manera primordial o básica han determinado su celebración, al punto que de no haber existido el error el contratante que lo sufrió no lo hubiera celebrado o lo habría celebrado en condiciones distintas; y, 2) que no sea imputable al que padece el error, en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una diligencia ordinaria.

Ha de tenerse en cuenta además que para la apreciación del error se ha de estar a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, tanto las relativas al contrato como las personales de los contratantes. Y a este respecto, se ha de destacar en el caso litigioso que: (1) el contrato es de adhesión, por lo que sus cláusulas están previamente redactadas por el banco, a las que el cliente se limita a adherirse sin posibilidad de negociarlas; (2) su contenido tiene un cierto grado de complejidad, con un componente de aleatoriedad y riesgo; (3) los contratantes no están en una posición de igualdad, máxime cuando el cliente carece de experiencia financiera, por lo que es exigible una especial diligencia -no la ordinaria del padre de familia, sino la

especial de un ordenado empresario- a la entidad bancaria quien ha de velar no solo por su propio interés, sino también por los de su cliente, al que debe proporcionar una información clara, correcta y completa del producto que ofrece, para la adecuada formación de la voluntad negocial, posibilitando un conocimiento preciso sobre las características y funcionamiento del contrato.

En este contexto de la información existe una rigurosa normativa protectora de los clientes de las entidades bancarias, y así cabe citar: a) la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de Consumidores -téngase en cuenta que la sociedad demandante estaba afianza solidariamente por dos personas físicas, padres del administrador-, en la que se establecen los requisitos que deben cumplir la cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, como son la "concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato" (artículo 10), y el derecho a la información que recoge su artículo 13 con la exigencia de que "Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales"; b) la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, que rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles; c) la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 48.2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sienta como una de las bases 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; d) la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que ya antes de su reforma por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre (y tras la vigencia de esta reforzando con una exhaustiva regulación el deber de información frente al cliente no profesional en su art.79 bis para que pueda "tomar decisiones sobre inversiones con conocimiento de causa"), entre otros instrumentos financieros menciona en su artículo 2 a las permutas, estableciendo los arts. 78 y siguientes, las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, tales como, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados; e) en desarrollo de la

precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (derogado por el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero que insiste en el deber de información), sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios vino a disciplinar un código general de conducta, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, 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 la atención adecuados para encontrar los 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 la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Por lo demás, en relación a la oportuna información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero de la índole de los litigiosos, de las Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de fechas 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009 (que se mencionan en la SAP Pontevedra - sec.1ª- de 7-4-2010), cabe extraer, entre otras, las siguientes consideraciones:

1.- 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.

2.- Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

3.- 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.

4.- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como que en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios

de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera.

CUARTO.- Corolario de lo dicho en el anterior fundamento es que los clientes de productos bancarios, deben recibir una información adecuada, suficiente, veraz, y comprensible sobre el producto que contratan y el riesgo que asumen con su contratación, de tal forma que cuando tal normativa protectora no se cumple y no queda garantizado el derecho del cliente bancario a recibir tal información, puede concluirse que el mismo no estaba debidamente informado sobre los extremos referidos y por ello no era consciente de las consecuencias que conllevaba la contratación del producto financiero, lo que permite apreciar error.

Por otro lado la carga probatoria del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, concierne a la entidad bancaria o financiera, a la que como se ha indicado le es exigible, no la diligencia 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 éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, SAP Valencia, de fecha 26-4-2006).

De la prueba practicada se desprende:

1.- En el caso presente la iniciativa contractual partió del Banco, no se acredita que fuera el cliente quien demandara la operación, sino la entidad bancaria la que ofreció el producto a la demandante con la que tenía una relación de confianza como cliente de varios años, quien tenía concertadas operaciones crediticias con el banco demandado en base a las cuales se ha decidido contratar, aunque se desconoce a qué cuantía ascendía el endeudamiento, ni que se tratara de préstamos hipotecarios -a que se refiere la el art.19º del RD Ley 2/2003 de 25 de abril-, transmitiendo la idea de protección o cobertura frente a las incrementos de tipos de interés.

2.- La demandante es una sociedad dedicada a la hostelería y negocio de dardos, de la que no está en absoluto demostrado que su administrador tenga experiencia inversora ni especiales conocimientos financieros, ni cuenta con asesoramiento externo en la materia; como tampoco los fiadores que garantizaron los contratos.

3.- No hay constancia de que en los tratos preliminares se mostraran al demandante ejemplos o supuestos hipotéticos, en los que se contemplaran los diferentes escenarios, que le permitieran conocer de una manera precisa el funcionamiento del producto, pudo entender que implicaba la práctica de liquidaciones periódicas, y que éstas podían resultar positivas o negativas dependiendo de las oscilaciones del mercado financiero, pero no desde luego en la medida tan desproporcionada y desventajosa que se han devengado ante eventualidades que debieron ponerse de manifiesto, sobre todo al tiempo de firmar el segundo contrato en que era previsible -en atención a los estudios y conocimientos de que disponen las propias entidades bancarias- una bajada de tipos; y así, muestra de este desequilibrio son las liquidaciones semestrales de la operación del año 2007 solo es positiva la primera por importe de 90,98 €, las dos siguientes son neutras de coste cero y la de 2009 negativa en 298,65 €; en el segundo contrato, las diferencias son más acusadas, solo ha habido una liquidación positiva de 12,93 €, las siguientes han sido negativas en 725,50 €, 1.001,67 € y 1.045,49 €. Prueba también de la asimetría del producto, es la barrera aplicable solo a la entidad con los tipos en alza, sin que se establezca el correlativo límite para el cliente en el supuesto inverso. Por lo demás, se alega por la demandada que la pérdida que le pueda suponer el producto financiero contratado al cliente se ve compensada por la bajada de tipos en relación con el crédito que tuviera concertado, de manera que la situación financiera del demandante no se vería afectada, extremo que no deja de ser un mero alegato carente de respaldo probatorio, al desconoce totalmente cuál son los créditos o préstamos que tiene concertados la demandante con la propia demandada o con terceros, de lo que se sigue que los contratos litigiosos es dudoso que en el supuesto concreto cumplan una función de cobertura o estabilizadora de costes financieros.

4.-El propio contrato al comenzar con las condiciones particulares hace una remisión o reenvío a otros documentos, lo que evidencia su complejidad, falta de completitud, y dificultad de comprensión, y así dice que "Los términos contenidos en las presentes Condiciones Particulares y en las Condiciones Generales que no estén expresamente definidos en ambos documentos se interpretarán de acuerdo con las definiciones incluidas en el Contrato Marco de Operaciones Financieras 'CMOF' elaborado por la Asociación Española de Banca Privada (AEB) y protocolizado en acta autorizada por el Notario de Madrid Don Vicente Moreno-Torres Camy con fecha 5 de febrero de 1997, número 206 de su Protocolo. En aquellos casos no contemplados en dicho Contrato marco, se aplicarán las definiciones "2000 ISDA Definitions" interpretados por la International Swap Dealers Association". Ello supone en palabras de la SAP Asturias, secc.1ª- de 4 de abril de 2011, que examina un caso análogo con la misma entidad demandada, que si el contrato fuera directamente inteligible para

cualquier ciudadano medio, esa doble remisión de documentos que no se contienen en lo que se firma, arrojaría ya manifiestos desconocimientos sobre su contenido.

5.- El aviso que se hace en el contrato sobre el riesgo de la operación y que también se menciona en la condición general cuarta, emplea unos términos genéricos, adolece de inconcreción, no se advierte de la importancia del riesgo que se asume si los tipos de referencia tienen variaciones a la baja. Esta vaguedad e imprecisión es igualmente predicable de la cancelación anticipada a que se refiere la condición general segunda, en la que no se fija la fórmula de cálculo a través de la cual pueda conocer el cliente el coste asociado al vencimiento antes del término, extremo que no es baladí, especialmente si las liquidaciones le son desfavorables.

QUINTO.- Del resultado probatorio precedente, a la luz de las consideraciones jurídicas recogidas en el anterior Fundamento, se extrae la conclusión de que en el caso presente ha existido una deficiente información sobre las características y funcionamiento de la operación financiera concertada. No se ha cumplido pues por la entidad demandada con las exigencias que se le imponen en materia de información (claridad, suficiencia, precisión, y proporcionada a tiempo) del producto que contrata, lo que ha viciado por error esencial y excusable la voluntad comercial del cliente bancario.

1º.- En cuanto a lo que es la esencia y finalidad del contrato se pone de manifiesto que el producto contratado se oferta como un medio de cobertura de riesgos a los que se exponía el cliente ante una eventual subida de los tipos de interés, haciendo creer que lo que se concertaba era un medio de aseguramiento y no lo que en realidad se contrata, un contrato de permuta financiera que conllevaba los riesgos que ya se han referido y que han conducido a la parte demandante a la situación actual, bien de soportar liquidaciones negativas importantes, bien de cancelar el producto haciendo frente a un importante costo. En definitiva, al socaire de una oferta de estabilización de los costes financieros de la empresa a través de la operación propuesta por el banco, el resultado práctico no puede ser más alejado de tal estabilización. No se acredita que se advierta de modo que el cliente pueda ser plenamente consciente de lo que ocurre en supuestos de bajada de tipos de interés. En definitiva, se dice contratar un producto a fin de evitar los posibles riesgos de subidas de tipos de interés, pero no se advierte de los riesgos que tal producto conlleva en un escenario de bajadas de tipos cual el que, finalmente, acaece. El demandante pretende contratar un producto que le asegure frente a la posible evolución al alza de los tipos de interés y establezca sus costes financieros. Sin embargo, contrata un producto con evidente riesgo que, en

determinados escenarios, conlleva importantes perjuicios en modo alguno previstos al contratar.

2º.- En segundo lugar, también se considera esencial el error que concurre sobre la total independencia del contrato con respecto al crédito que ostenta la parte demandante. El instrumento, que se dice de cobertura y asociado al crédito/s, resulta independiente de éste, pues no queda acreditada su relación con tal crédito/s, ni en cuanto a su importe, ni en cuanto a su período de vigencia.

3º.- En tercer lugar, la demandada no facilitó a la parte demandante la información necesaria que debía proporcionarle para que tuviera un conocimiento preciso de las características del producto que contrataba y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía. Riesgo que, de la lectura del propio contrato, tampoco, podía llegar a inferirse.

4º.- Por último, ha de tenerse en cuenta la distinta condición de las partes y la relación existente entre ellas, en orden a valorar la excusabilidad del error, según se viene insistiendo. De un lado, la demandante carece de conocimientos y experiencia en materia financiera. De otro lado, el Banco, profesional del ramo y a quien es exigible la diligencia propia de tal condición, diligencia que, en absoluto, se acredita en el caso de autos, en el que no consta información adecuada y suficiente ni sobre los riesgos ni sobre el contenido del contrato concertado.

Por último frente a lo aducido por la demandada, indicar: por un lado, el hecho de que se celebraran dos contratos no implica que la demandante era perfecta conocedora del contrato que firmaba del que solo se había producido una liquidación positiva de 90,98 €, sin ninguna negativa, y es que la celebración de este segundo contrato se produce con motivo de una nueva operación crediticia que al parecer acomete la actora, a la que se pretende dar cobertura por iniciativa de la demandada quien a buen seguro le puso como muestra el resultado de la operación financiera anterior. Y de otro lado, que la demandante no haya cuestionado la validez del contrato sino hasta el momento en que las liquidaciones practicadas comenzaron a ser negativas, como señala la SAP Asturias, secc.4ª de 14-2-2011 "no supone la convalidación por el comportamiento anterior, pues es sólo en ese momento cuando alcanza a comprender el error sufrido, aportando una explicación razonable de su actuación"; ha de tenerse en cuenta que las liquidaciones positivas a favor de la demandante fueron de escasa cuantía y su lógica reacción -que corrobora el desconocimiento de lo que había contratado- vino determinada por la importancia de las liquidaciones negativas, que excedían en mucho a las dos positivas que se efectuaron.

En casos análogos al ahora enjuiciado y en igual sentido al de la presente resolución se han pronunciado diferentes tribunales como: Ss. AP Asturias secc.1ª de 4/4/2011, secc.7ª de 29-10-2010 y 16-12-2010, secc.4ª de 2-3-2011; AP Pontevedra -sec.1ª- de 7-4-2010 y -sec.6ª- de 16-7-2010; Ss. AP Burgos -sec.3ª- de 10-11-2010 y 3-12-2010; SAP Cáceres de 18-6-2010; SAP León ,secc.2ª 22-6-2010 y 21-1-2011; SAP Salamanca 31-1-2010...

En consecuencia ha lugar a acoger anulación del contrato por vicios en el consentimiento con los efectos inherentes a dicha declaración por error invalidante del consentimiento, que ex artículo 1303 CC conducen a la recíproca restitución de las prestaciones a fin de que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior a su celebración.

SEXTO.- Aunque se estima la demanda no se hace especial declaración en costas, en aplicación del inciso final del artículo 394.1 LEC, por las dudas jurídicas que suscita la controversia, existiendo disparidad de criterios por parte de los tribunales, como ponen de manifiesto las sentencias invocadas por ambas partes.

En aplicación de lo expuesto:

FALLO

Estimo íntegramente la demanda interpuesta por R-- ----- ,S.L. contra BANCO ESPAÑOL DE CREDITO,S.A., y, en su virtud:

1.- Se anulan los contratos sobre operaciones financieras celebrados por las partes el 10 de mayo de 2007 y el 21 de julio de 2008.

2.- Se condena a la demandada a estar y pasar por esta declaración, retro trayendo los efectos liquidatorios practicados o que puedan practicarse con motivo de tales contratos al momento anterior a su celebración, restituyéndose recíprocamente las prestaciones que hubieran sido o sean objeto de los mismos.

3.- No se hace especial declaración en costas.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio mando y firmo.

Recurso.- La presente resolución es apelable en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación en la forma prevista en los arts. 457 y ss. LEC, y, previa constitución del depósito para recurrir efectuado conforme a lo establecido



en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

PUBLICACIÓN.- Publicada la anterior sentencia en el día de su fecha. Doy fe.