



Juzgado de Primera Instancia Nº 9
Plaza de San Agustín Nº 6
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 32 51 61
Fax: 928 32 51 60

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0001422/2010

NIG: 3501642120100022243
Materia: Reclamación de Cantidad
Resolución: Sentencia 000095/2011

Intervención
Demandante
Demandado

Interviente
BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A.

Procurador
ARMANDO CURBELO ORTEGA
RITA RODRIGUEZ GUERRA

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 19 de MAYO del 2.011.

Vistos por mí JUAN LUIS EGEA MARRERO, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Las Palmas de Gran Canaria los presentes autos de **juicio ordinario número 1.422/2.010**, seguido entre partes. Como demandante la entidad financiera BANCO ESPAÑOL de CRÉDITO, S.A. representada en autos por el Procurador de los Tribunales don ARMANDO CURBELO ORTEGA y bajo la dirección legal del letrado don ANTONIO MARRERO de ARMAS; y como demandado la entidad mercantil S.L. representada en autos por la Procuradora de los Tribunales doña RITA RODRÍGUEZ GUERRA y defendido por el letrado don RAJESH SURESH CHELLARAN. Los demandados formularon reconvencción.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad mercantil BANCO ESPAÑOL de CRÉDITO, S.A. defendida y representada como se señala en el encabezamiento, se presentó demanda en la que se solicitó que se CONDENASE a los demandados:

1º.- ABONAR al demandante la suma de TRESCIENTOS TREINTA y SEIS mil OCHOCIENTOS OCHENTA y CINCO euros y OCHENTA y UN céntimos de euro (336.885,81 euros), además de los intereses legales.

2º.- CONDENA al demandado al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- La parte demandante funda su petición en los siguientes hechos (folio 1):

1º.- Que la entidad mercantil S.L. formalizó con el demandante dos contratos sobre





operaciones financieras, denominadas "Permuta Financiera de Tipos de Interés con tipo fijo y creciente y convertible a tipo variable con diferencial".

Estos contratos serían los suscritos el 27 de noviembre del 2.006 y el 13 de junio del 2.007.

2º.- La entidad mercantil S.L. formalizó con el demandante dos contratos sobre operaciones financieras denominadas, "Permuta Financiera de Tipos de Interés con tipo fijo y creciente y convertible a tipo variable con diferencial".

Los contratos serían los suscritos el 8 de febrero del 2.007 y 14 de junio del 2.007.

En estos contratos S.L. intervino como fiador.

El objeto social de S.L. tiene por objeto social la gestión de inversiones financieras en general, disuelta en la actualidad.

3º.- Durante la vida contractual el demandado hizo frente a las liquidaciones de estas cuentas, hasta que dejó de atenderlas.

4º.- De esta forma el demandante procedió al vencimiento anticipado de estos contratos.

Así respecto del contrato de 27 de noviembre del 2.006, se dio por vencido anticipadamente el 23 de julio del 2.010, debiendo por esta cantidad 201.909,14 euros.

En relación al contrato de 13 de junio del 2.007, se dio por vencido anticipadamente 23 de julio del 2.010, arrojando un saldo deudor de 52.338,11 euros.

En lo que respecta al contrato de 8 de febrero del 2.007, se dio por vencido anticipadamente el 23 de julio del 2.010, debiendo por esta cantidad 30.302,18 euros.

Y en lo que respecta al contrato de 14 de junio del 2.007, se da por vencido anticipadamente el 23 de julio del 2010, arrojando un saldo deudor de 52.336,38 euros.

TERCERO.- Por Decreto de 27 de septiembre del 2.011 de se admitió a trámite la demanda (folio 144). Se emplazó personalmente a la entidad demanda,

S.L. el 13 de octubre del 2.010 (folio 51).





El demandado defendido y representado como se señala en el encabezamiento, formulando reconvencción contra el demandante.

En su reconvencción solicitó:

1º.- La NULIDAD de los documentos 1 a 4 de la demanda denominados "CONTRATOS SOBRE OPERACIONES FINANCIERAS" y de sus anexos denominados "Operación de Permuta Financiera de Tipo de Interés Fijo Creciente y Convertible a tipo Variable".

2º.- Con carácter subsidiario, que se declare la NULIDAD de las cláusulas relativas al vencimiento anticipado incluidas en los contratos referidos en el punto precedente, y consiguientemente la nulidad de éstos.

3º.- Condenar a la demandada - en reconvencción- a devolver a la cuenta de mi cliente la cantidad de 314.853,92 euros, mas las cantidades que se sigan cargando durante la tramitación de este procedimiento, consecuencia de la restitución recíproca de las cosas en materia del contrato por aplicación del artículo 1.303 del código civil.

4º.- Condenar a la demandada al pago de los intereses legales devengados desde que se hicieron los cargos en la cuenta de mi cliente.

5º.- Condena en costas a la parte demandante.

CUARTO.- La parte demandada funda su oposición y reconvencción en los siguientes hechos (folios 153, 155):

1º.- Los contratos se suscribieron con asesoramiento de la financiera BANESTO. Que estos contratos se suscribieron como contratos de renovación, de los suscritos en el año 2.005 y 2.006.

2º.-Que estos contratos se suscribieron bajo el asesoramiento del Departamento de Empresas de BANESTO en Las Palmas, don Que el 18 de septiembre del 2.006, el Departamento de Empresas de Banesto, envió un correo electrónico ofreciéndole este producto que ofrece "una cobertura de tipo de interés".

3º.- A fines de marzo del 2.009, el demandado empezó a recibir cargos, según consta en el cuadro que aporta como documento número 9 (folio 251). Cuando pide explicaciones a BANESTO le informa, que se trataba de cargos por los supuestos tipos de interés que le había ofrecido como cobertura del endeudamiento.





el producto es ofrecido como un seguro de protección frente a las subidas de los tipos de interés.

15.- Que este producto tiene una barrera ante las subidas de los tipos de interés, pero no tiene esta misma barrera ante las bajadas. Que se trata de un producto altamente especulativo.

16.- Que según la legislación no se debieron de ofrecer estos productos a , de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 36/3.003, de 11 de noviembre.

La Ley 47/2.007 del mercado de valores, clasificaría a la entidad en un cliente minorista, gozando de la máxima protección de esta normativa, no debiendo de haberse ofrecido al demandado, salvo las consiguientes explicaciones para su comprensión.

17º.- Que el contrato de autos es nulo por existir un vicio en el consentimiento, ya que no se ha prestado validamente el consentimiento, al haberse quebrantado aquellas disposiciones.

18º.-La cantidad que debe de abonar el demandante a consecuencia de la nulidad es 314.949,75 euros - cantidad reclamada por el demandante- menos 3.095,83 que es la cantidad abonada.

19º.-También solicita la nulidad de la cláusula de cancelación cláusula F, ya que el demandante desconoce la fórmula de cálculo de esta cancelación, ya que esta nunca se recogió en el contrato.

QUINTO.- Por Decreto de 2 de diciembre del 2.010 (folio 292), se admitió a trámite la reconvenición.

Los demandantes, defendidos y representados como se señala en el encabezamiento, contestaron a la demanda oponiendo lo siguiente:

1º.- Que la demandada tiene amplios conocimientos en la adquisición de productos financieros. Así previamente suscribió una póliza de comercio exterior por un valor de 400 mil euros. Con la entidad S.L., con la que llegó a contratar la cantidad de 450 mil euros.

En relación a otros productos financieros, los demandados han contratado depósitos estructurados, acciones preferentes, fondos de inversión, fondos de alto riesgo por valor de 2 millones de euros, etc..





2º.- Que nunca ha habido una actuación de asesoramiento, sino de comercialización con los demandados.

3º.- Que los contratos tienen dos fechas, uno de suscripción y otro de inicio, de forma que tenía un espacio de tiempo, bien para solicitar alguna aclaración o poner fin al contrato.

4º.- Que el contrato no es un seguro, sino que es un producto que sirve para mitigar los efectos de una subida de intereses variables. Que previamente a los contratos que ahora son objeto de reclamación, el demandado había suscritos otros.

5º.- Que el mecanismo de liquidación de intereses del contrato fue explicado al demandado, siendo las primeras liquidaciones positivas para este.

6º.- En cuanto al precio de cancelación, sostiene que la misma viene explicada en el contrato, en la condición general segunda del contrato, siendo su redacción clara y sencilla.

7º.- Que la trasposición de la directiva MIFID, tuvo lugar en virtud de la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre, entrando en vigor el 21 de diciembre del 2.007. Estando suscritos en esta fecha todos y cada uno de los contratos.

Que la entidad BANESTO informó al demandado su categoría de inversor, tras la entrada en vigor de esta reforma.

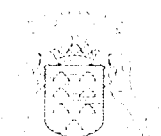
SEXTO.- Se convocó a la Audiencia Previa el 22 de febrero del 2.011 (folio 494). En la misma las partes solicitaron como prueba el interrogatorio de partes y la testifical, celebrándose la Vista el día el 6 de abril del 2.011, quedando seguidamente los autos para sentencia.

SÉPTIMO.- En este procedimiento se han observado sustancialmente todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, debido al número de asuntos civiles de preferente tramitación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- ORDEN DE ESTUDIO DEL CONFLICTO QUE EXISTE ENTRE LAS PARTES.

Como he expuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, las partes solicitan frente a la contraria -





mediante la demanda y la reconvención- diversas reclamaciones de cantidad. La parte demandante la fundamenta en un incumplimiento contractual, el demandado reconvigente funda el reintegro de la cantidad en la nulidad de un contrato.

De esta manera previamente a estudiar estas reclamaciones, debemos de partir de un presupuesto, la validez de los contratos que aquí se discuten. Es decir si cabe la nulidad de todo los contratos como pide el demandado reconvigente o en cambio de forma subsidiaria de la cláusula de cancelación de estos.

Por tanto el orden de estudio de estas cuestiones será el siguiente.

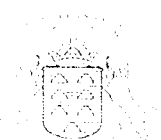
Primeramente estudiaré el funcionamiento -en general- de un contrato de permuta financiera, para luego aplicarlo al caso de autos y destacar - en su caso- determinadas cláusulas que se apartan del funcionamiento general.

Conociendo este tipo de contrato pasaré - como segunda cuestión- a estudiar si cabe o no la nulidad planteada por los demandados reconvinentes. En este estudio distinguiré el vicio alegado por el demandado (I) - el error- luego estudiaré si cabe o no la nulidad de todo el contrato - son cuatro-tal como solicita el demandado (II), y por último en caso de desestimar esta nulidad, si cabe o no la nulidad de la cláusula de cancelación de estos contratos (III).

Y como tercera y última cuestión, podré estudiar las sendas reclamaciones de cantidad que hacen las partes. Es decir según que los contratos estudiados sean válidos o nulos - ya sea en todo o en algunas de sus cláusulas- podré estudiar si ha existido un incumplimiento contractual del demandado, debiendo de reintegrar las cantidades debidas o en cambio si procede el reintegro de las cantidades recibidas por cada parte como consecuencia de una nulidad contractual.

SEGUNDO.- PRIMERA PARTE. EL CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA.

Se hace necesario estudiar el contrato que une a las partes, ver sus características, su naturaleza jurídica, identificar su definición, etc... Este estudio nos facilitará, ver los puntos en los que discrepan las partes, y sobre los que el demandado ejercita su acción de nulidad - sea del todo el contrato o de alguna de las cláusulas.





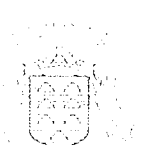
En el caso de autos nos encontramos con cuatro contratos a estudiar. Son los de fecha de 27 de noviembre del 2.006 y 13 de junio del 2.007 (folios 17 y 53), que une a BANESTO y . También los contratos de 8 de febrero del 2.007 y 14 de junio del 2.007 (folios 73 y 104) que si bien vincula a BANESTO y también vincula a por ser fiador o avalista de los mismos.

Entrando en el estudio del contrato, tal como he adelantado en los antecedentes de hecho de esta resolución, estos contratos vienen titulados - ver anexo contratos- como OPERACIÓN de PERMUTA FINANCIERA de TIPOS de INTERÉS FIJO CRECIENTE y CONVERTIBLE a TIPO VARIABLE (folio 24,86), como PERMUTA FINANCIERA de TIPO de INTERÉS (Folio 53, 104). En síntesis lo podemos simplificar como un contrato de permuta de interés, o como seguidamente razonaré como un contrato de compensación de intereses.

Respecto del mismo y de su estudio podemos hacer las siguientes consideraciones:

1º.- La jurisprudencia de los tribunales, y la doctrina han dicho reiteradamente, que los contratos son lo que son, y no los que las partes dicen que es. Para determinar la voluntad - lo que han querido las partes- habrá que estar a lo dispuesto en los artículo 1.281 y siguientes del código civil, y en concreto con el artículo 1.282, que dice que para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores del contrato. En el estudio del contrato, veremos de forma repetida, como se utilizan conceptos que para nada identifican el contenido de éste.

2º.- Para empezar, de forma repetida, se habla de un contrato de permuta financiera. Lejos de cualquier idea de permuta; esta como tal - en sentido jurídico- no existe. Lo que hay es una compensación de créditos o de intereses. Lo característico de este contrato, es que ambas partes, ya sea la empresa o la financiera, se obligan recíprocamente al pago de un interés sobre un nominal. Este nominal está constituido por las operaciones de financiación de la empresa (cuentas corrientes, préstamos, etc...). Además el interés que abona cada parte es diferente. En cada periodo de liquidación, los intereses no se cambian uno por otro, sino que se compensan, de forma que la empresa recibe en su cuenta, un cargo o un abono, según sea el resultado de la compensación. La permuta es un contrato que se caracteriza porque una persona entrega una cosa para recibir otra (artículo 1.538 y ss del código civil),





preguntar sobre determinadas cuestiones que ya sabía. En definitiva por la larga relación comercial entre estas, estaba más que cumplido lo dispuesto en la actual redacción del artículo 79 bis de la Ley 25/1.988.

3º.- , S.L., es una empresa con un volumen de negocio importante, y con un patrimonio, que nos hace difícil pensar que no sabía lo que estaba firmando. Por una parte podemos fijarnos en los contratos cuya nulidad ahora se pide, las cantidades que ahí se financian son sustanciosas.

Así los contratos que estudiamos, financian los siguientes importes nominales, el de 27 de noviembre del 2.006 (folio 17) la cantidad de 2.750.000 euros (folio 24); el contrato de 13 de junio del 2.007 (folio 53), la cantidad de 1.000.000 euros. En los que aparece como avalista de tenemos el contrato de 8 de febrero del 2.007 (folio 78) y por la cantidad de 1.000.000 de euros, y el del 14 de junio del 2.007 (folio 104), la cantidad de 1.000.000 de euros (folio 105). Toda esta posición de pasivo suma un total de 5.750.000 euros. Una cantidad sustancial para no saber lo que se firma, o al menos no esté en posición de saberlo.

Por otro lado si leemos el Balance de situación de la entidad , S.L. que obra a los folios 531 y siguientes, tenemos que entre los años 2.004 a 2.007 los fondos propios - patrimonio neto- de la entidad han oscilado entre los 4.004.223,70 euros a 6.135.397,73 euros.

4º.- Son volúmenes importantes, de una empresa acostumbrada a mover una cantidad importante de dinero. De esta forma podía asesorarse perfectamente sobre el funcionamiento de estos contratos. Es cierto que en relación a unos de los contratos que aquí estudiamos la demandada actúa como avalista de la accionista de esta entidad es la misma tal como consta en la escritura de constitución de la primera, de 22 de octubre del 2.005 (folio 358 de autos). Por otro lado dentro del objeto social de esta financiera se encuentra la "... gestión de inversiones financieras...".

5º.- Tampoco se nos escapa la alegación hecha por los propios demandados cuando en su contestación y reconvenición, dicen que estos contratos se tratan de una renovación de otros anteriores. Que a sus patrocinados





Así siguiendo con el mismo ejemplo. Si sobre un nominal de 100, la empresa A, se obliga abonar el tipo de interés fijo del 3%, tendríamos las siguientes consecuencias. Es posible que el primer periodo de liquidación el interés fijado por el BC, sea del 5%, en tal caso la entidad financiera se obligaría a pagar 5, lo que significa que en el periodo de liquidación se compensarían ambas cantidades y el abono en cuenta sería 2. En cambio si en el siguiente periodo los tipos de interés están al 1%, la financiera se obligaría a pagar 1 y la empresa A el tipo fijo del 3%, pagaría 3, lo que significa que por el mecanismo de compensación, se generaría un cargo de 2.

TERCERO.- En el caso de autos, esto es lo que ocurrió en líneas generales, aunque como veremos seguidamente hay alguna diferencia con estos planteamientos, así tenemos lo siguiente:

1º.- El juego y el tipo de intereses hay que buscarlo a los folios 24- contrato de 27 de noviembre del 2.006- en el que podemos ver como se fijan unos periodos - temporales- de cálculo de intereses, como en el contrato se fija el tipo fijo - que en cada periodo- abonará el cliente que va del 3,70% al 4,10 %. Seguidamente hay una referencia para estos mismos periodos de una Barrera Aplicable que van del 4,0% al 4,40%. Es aquí donde está la diferencia que he indicado en este fundamento y que lo diferencia del planteamiento del fundamento anterior.

2º.- La barrera aplicable, juega como un límite del abono del interés fijo que debe de abonar el cliente. Como dije en el fundamento anterior, la entidad financiera se obliga abonar el tipo de interés que este vigente ese momento. Con la barrera aplicable, se establece un límite, siempre que no supere el tipo de interés recogido en esta barrera. Si se da este supuesto concurren dos consecuencias, la primera es que el cliente pasa de abonar el tipo de interés fijo a uno variable, llamado Variables I, y la segunda consecuencia es que la entidad financiera abonaría el interés Variable llamado Variable II, de forma que al coincidir los dos tipos de interés la liquidación en ese periodo sería igual a 0.

Esto que he explicado, viene escrito al folio 25, cuando se expresa " *...pagador de tipo fijo cliente, siempre y cuando el Tipo Variable de Referencia determinado para un Período de Cálculo sea igual o inferior a la Barrera Aplicable. En caso contrario, es decir cuando el Tipo Variable de Referencia determinado para un Período de Cálculo sea superior a la Barrera Aplicable, el Cliente pagará Importes Variables I para dicho periodo. Con el*





fin de evitar dudas , se hace constar que los importes Variables I sólo serán efectivos en aquellos Periodos de Cálculo donde el tipo Variable de Referencia exceda de la Barrera Aplicable, por el que podría ocurrir que el Cliente pagara Importes Variables I en un periodo de Cálculo e Importes Fijos en Periodos posteriores ...".

Por otro lado la entidad financiera, siempre va abonar el tipo de interés variable, el interés Variable llamado II. Esto se expresa al folio 27, cuando se recoge los importes variables II, los periodos de cálculo y el obligado.

Además es aclaratorio de este punto la declaración que se hace al folio 24, cuando dice " ... Mediante la presente Operación, el Banco y el Cliente acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultante de aplicar ciertos Tipos Fijos y un Tipo Variable sobre un Importe Nominal y durante el periodo de duración pactado para la Operación siempre y cuando el Tipo Variable de Referencia no supere la Barrera Aplicable, en cuyo caso tanto el Cliente como el Banco se intercambiarán Importes Variables en aquellos Periodos de Cálculo que corresponda, todo ello en las condiciones señaladas mas abajo..."

3º.- En cuanto al resto de contratos que aquí analizamos tiene un funcionamiento similar al que he descrito en estos puntos. No lo repito para no ser reiterativo. Lo podemos comprobar al folio 53 y 54-contrato de 13 de junio del 2.007- también aquí hay una distinción entre tipo fijo, barrera y tipos variables, con unos máximos a favor del banco. Lo mismo debo decir del contrato de 3 de febrero del 2.007 - folios 78- la redacción de estas cláusulas se encuentran en los folios 86 y siguientes. Por último idéntica redacción se recoge en el contrato de 14 de junio del 2.007 -folio 104- lo mismo que hemos estudiado a los folios 105 y siguientes.

Hasta aquí he estudiado en líneas generales el funcionamiento de lo contratos de autos, lo que nos va a servir para entenderlo y estudiar si concurre la nulidad - total o parcial- o su validez.

CUARTO.- SEGUNDA PARTE. NULIDAD DEL CONTRATO. VICIOS de CONSENTIMIENTO (I)

En el estudio de la nulidad como dije en el fundamento primero de esta resolución, distinguiremos varias cosas.

Así primero estudiaré el vicio alegado por el demandado (I) - el error- luego estudiaré si cabe o no la nulidad de todo el contrato - son cuatro-tal como solicita el





demandado (II), y por último en caso de desestimar esta nulidad, si cabe o no la nulidad de la cláusula de cancelación de estos contratos (III).

El demandado reconvinciente sostiene - en síntesis- la nulidad de estos contratos por la existencia de un error. Porque no se le comunicó los riesgos de la operación, porque no le comunicaron los efectos del cambio de los intereses, motivos ya descritos en el hecho cuarto de esta resolución al cuál me remito.

El artículo 1.261 del código civil, dice que no hay contrato sin consentimientos de los contratantes. El consentimiento implica en un primer estado tener un conocimiento de la relación contractual que se va a llevar a cabo y en un segundo estadio quererlo. De esta forma el consentimiento válido, es aquel que se sustenta en un conocimiento y voluntad libres. De ahí que el artículo 1.265 del código civil, diga que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Las causas de nulidad que hemos desarrollado, se centran en el conocimiento pleno del contrato; el demandante dice que no sabía el contenido y consecuencia del contrato. Alega en definitiva la existencia de un error, un vicio en el conocimiento, fundado en el artículo 1.266 del código civil.

Este artículo dice 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 hubiese dado motivo a celebrarlo.

El error para que sea invalidante o produzca la nulidad del contrato, debe de configurarse de una determinada forma:

1º.- En cuanto a la entidad del error, puedo citar la sentencia de la A. P. de Álava, de 7 de abril del 2009 (ED 2009/63175), cuando dice " ... *La acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado por los contratantes en el momento de perfeccionarse el contrato, según reiterada jurisprudencia para que pueda llegar a tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato queda condicionada a la concurrencia en el caso de determinados requisitos, que sea esencial e inexcusable; también que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga; y que no se haya podido evitar con una regular diligencia...*".





2º.- En cuanto a la carga de la prueba, a quien corresponde demostrar el asesoramiento o el despliegue del completo conocimiento de este contrato, es a la entidad financiera. Así podemos citar la sentencia de la A.P. de Valencia de 26 de abril del 2.006 (ED 2006/305502), que llega a decir " ... Por otra parte, y como tuvimos ocasión de declarar en la Sentencia de 14 de noviembre de 2005 , en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros como los que constituyen el objeto de la presente litis:

"... Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del Artículo 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo, sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de "preferencia de riesgo" cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio..."

3º.- Por otro lado también cabe mencionar en la valoración de este error, el hecho que el propio legislador cada vez sea más exigente con las entidades financieras a la hora de determinar la información que debe prestar al cliente. También hay que tener en cuenta, que no todos los clientes son iguales, no es igual una PYME que una gran empresa, o un particular. Así podemos citar en este punto la sentencia de la A.P. de Jaén, secc. 3ª de 27 de marzo del 2009 (ED 2009/82602) " ... Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E, en su artículo 31, 2006/73 EDL 2006/117121 , el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero , relativo a las empresas de servicios de





inversión EDL 2008/4324 , deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 529/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 EDL 1993/16198 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas..”.

QUINTO.- NULIDAD DEL CONTRATO. NULIDAD DE TODO EL CONTRATO (II) .

Pues bien aplicando la doctrina anterior al caso concreto, debo de desestimar la nulidad de la totalidad de los contratos que aquí estudiamos, por los siguientes razonamientos que paso explicar:

1º.- En síntesis tras la práctica de la prueba hecha en sala, deduzco que el demandado, conocía en lo sustancial aquello que contrataba. Tenía a juicio de quien suscribe perfecto conocimiento de aquello que firmaba.

2º.- Lo primero que debemos de valorar, es si tal como sostiene el demandado convincente es de aplicación la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre, que modifica la Ley 25/1.988 de 20 de julio sobre el Mercado de Valores. El primer texto normativo tiene por finalidad implementar en España lo dispuesto en la Directiva MiFid, la número 2004/39/CE. El demandante sostiene que no es de aplicación esta reforma, porque, los contratos que aquí estudiamos - de noviembre del 2.006 a junio del 2.007- son anteriores a esta reforma.

El planteamiento del demandante es discutible porque esta directiva comunitaria debía de haberse implementado en España antes del 30 de abril del 2.006. Podría discutirse si la misma producía o no en esa fecha efecto directo contra un particular, en este caso contra la entidad financiera BANESTO. Esta discusión es estéril. La razón es porque como seguidamente veremos, la entidad financiera BANESTO tenía suficiente conocimiento de las actividades, las necesidades y la experiencia de [redacted], lo que le eximía en cierta forma por volverle a





preguntar sobre determinadas cuestiones que ya sabía. En definitiva por la larga relación comercial entre estas, estaba más que cumplido lo dispuesto en la actual redacción del artículo 79 bis de la Ley 25/1.988.

3º.- , S.L., es una empresa con un volumen de negocio importante, y con un patrimonio, que nos hace difícil pensar que no sabía lo que estaba firmando. Por una parte podemos fijarnos en los contratos cuya nulidad ahora se pide, las cantidades que ahí se financian son sustanciosas.

Así los contratos que estudiamos, financian los siguientes importes nominales, el de 27 de noviembre del 2.006 (folio 17) la cantidad de 2.750.000 euros (folio 24); el contrato de 13 de junio del 2.007 (folio 53), la cantidad de 1.000.000 euros. En los que aparece como avalista de tenemos el contrato de 8 de febrero del 2.007 (folio 78) y por la cantidad de 1.000.000 de euros, y el del 14 de junio del 2.007 (folio 104), la cantidad de 1.000.000 de euros (folio 105). Toda esta posición de pasivo suma un total de 5.750.000 euros. Una cantidad sustancial para no saber lo que se firma, o al menos no esté en posición de saberlo.

Por otro lado si leemos el Balance de situación de la entidad , S.L. que obra a los folios 531 y siguientes, tenemos que entre los años 2.004 a 2.007 los fondos propios - patrimonio neto- de la entidad han oscilado entre los 4.004.223,70 euros a 6.135.397,73 euros.

4º.- Son volúmenes importantes, de una empresa acostumbrada a mover una cantidad importante de dinero. De esta forma podía asesorarse perfectamente sobre el funcionamiento de estos contratos. Es cierto que en relación a unos de los contratos que aquí estudiamos la demandada actúa como avalista de la accionista de esta entidad es la misma tal como consta en la escritura de constitución de la primera, de 22 de octubre del 2.005 (folio 358 de autos). Por otro lado dentro del objeto social de esta financiera se encuentra la "... gestión de inversiones financieras...".

5º.- Tampoco se nos escapa la alegación hecha por los propios demandados cuando en su contestación y reconvenición, dicen que estos contratos se tratan de una renovación de otros anteriores. Que a sus patrocinados





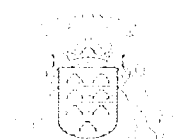
le explicaron al suscribir los nuevos contratos no le contaron todas sus consecuencias (folio 246 de autos), e-mail de 18 de septiembre del 2.006 - emisor Banesto- *"... una estructura de aseguramiento de tipo de interés variando algo los parámetros del que os presente el otro día y con la ventaja de que si en algún momento de la vida de la cobertura toca barrera no hay liquidación..."*. En este e-mail no hay engaño alguno respecto del contrato tal como lo expliqué en el fundamento tercero de esta resolución. Cuando el tipo de interés variable supera la barrera, ambos abonan y se cargan el mismo tipo, luego no hay liquidación.

En las mismas fechas se llega a decir -septiembre del 2.006- (folio 247) *"..., hasta ahora las coberturas han evolucionado MUY BIEN, ya que, su contratación se realizó en un buen momento. Dado que en los últimos días el incremento de los tipos ha sido veloz, las próximas liquidaciones no serán de este tipo,..."*. Como es posible tras la lectura de este e-mail que se diga que los demandados desconocían como se hacía estas liquidaciones.

6º.- Además como he dicho los contratos de autos, sustituían otros contratos de permuta financiera ya suscritos por el demandado. Me estoy refiriendo a los que el mismo demandado presenta, con fecha 21 de noviembre del 2.005 (folios 171-179), de 25 de enero del 2.006 (folio 184), de 22 de septiembre del 2.006 (folio 197) y de 22 de septiembre del 2.006 (folio 211). Como es posible que se desconozca el funcionamiento de este contrato si previamente se ha suscrito unos similares.

7º.- Como apuntaba en el inicio de este fundamento, no son los primeros contratos que se suscriben entre las partes, de lo que podemos deducir el grado de conocimiento que ambas partes tenían entre sí. La relación entre estas es larga, de al menos diez años. Así consta al folio 336, diversas pólizas, así la suscrita como póliza global exterior de 29 de diciembre del 2.000 (folio 234), la póliza de contrato de préstamo mercantil de 20 de enero del 2.006 (folios 335-370), un contrato financiero de 23 de enero del 2.006 (folio 344).

SEXTO.- Siguiendo la línea trazada, y teniendo en cuenta los interrogatorios y las testificales de autos debo de tener en cuenta lo siguiente:





1º.- En sala declaró el representante legal de S.L. (00:14:00 DVD), manifestó que le explicaron que si los tipos de interés bajaban un poquito perdía un poquito, que nunca le advirtieron que perdería hasta 40 mil euros. Sostuvo que quien le asesoraba era los bancos, el Sr. , que son sus banqueros lo que le dicen lo que tiene que hacer. También sostuvo que no tenía título universitario.

Su declaración no me la creo, parece como si el Sr. , desconociese todo esto. No me lo creo porque a la vista del volumen económico de su empresa - y que ya he apuntado- se hace difícil creer un desconocimiento absoluto de estas cuestiones financieras, o que no entendiese el contrato que estaba suscribiendo la sociedad.

2º.- De igual forma y por iguales motivos, no puedo creer - tal como sostiene el demandado- que los demandados desconociesen el significado y contenido de esas cláusula - recogidas en todos los contratos- "... a) en el supuesto en que bajara los tipos de interés podría ocurrir que el Tipo Fijo pagado por el Cliente en algún Periodo de Cálculo fuera superior al Tipo Variable II recibido por el cliente y por tano el Cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la Operación..." (folios 28, 56, 90, 107).

Si el Sr. no sabe el significado contable de lo que es un coste financiero - gasto financiero en la cuenta de resultados- debería de explicarnos como es que ante tal desconocimiento e ignorancia ha podido levantar una sociedad con un patrimonio neto - año 2.007- de 6 millones de euros (folio 532), o cómo se incrementó en 2 millones de euros estos fondos propios en tres años (folios 531 vuelto y 532).

Como he dicho no me creo su ignorancia.

3º.- En representación de la entidad demandante declaró don (00:48:32 DVD), quien dijo que los demandados son importadores, que su trato dentro de la empresa ha sido con don quien también declaró en sala (00:53:41 DVD).

¿Y quién es don ?, pues según contestó en sala el director financiero de la empresa . Pues sí, esta entidad tiene director financiero, según su declaración, prepara los impuestos, las facturas las compraventas de divisa, etcEso si en





relación a los contratos bancarios -según don -
les asesora el banco.

Esta referencia a ese "asesoramiento" bancario, tampoco es creíble, me remito a los folios 499 a 502 de autos - documental de a Audiencia Previa- en estos folios podemos leer las distintas comunicaciones entre el Sr. y la entidad BANESTO - sobre octubre del 2.008- en la misma puede leerse como el Sr. discute con la financiera cuestiones relativas a la contratación de divisas, y contratos estructurados, que nos pone de relieve que no era una persona que estuviese en situación de desconocer este tipo de contratación.

4º.- Declaró en sala don (1:03:56 DVD), este señor fue empleado de BANESTO cuando se suscribieron los contratos. Sostuvo en sala que tanto don , como don tenían conocimiento de la contratación financiera, que ambos conocían la materia, manejaban bien los conceptos. Que les explicó que era un SWPAS; que eran clientes que peleaban duro, que peleaban por sus intereses. Que los contratos se los llevaban antes para firmarlos.

Esta declaración me parece mas acorde con la realidad, a la vista de la documental valorada en el fundamento anterior, y las declaraciones también valoradas en este fundamento. Mi conclusión - como ya he apuntado- es que sabía lo que suscribía, tenía pleno conocimiento de cómo funcionaba un contrato de permuta financiera, y por esta razón no cabe la declaración de nulidad de todos estos contratos.

SEPTIMO.- NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE CANCELACIÓN (III).

La nulidad que estudiamos aquí es la de una cláusula en concreto, la cláusula de cancelación. Así en el contrato de 27 de noviembre del 2.006 (folio 17), aparece reproducida en la cláusula segunda, letra f (folio 19); respecto del contrato de 13 de junio del 2.007 (folio 53), aparece reproducida en la cláusula segunda, letra f (folio 58); respecto del contrato de 8 de febrero del 2.007 (folio 78), también en la cláusula segunda letra f(folio 81) y por último el contrato de 14 de junio del 2.007 (folio 104), también en la cláusula segunda letra f (109).

La parte demandante, en virtud de la cláusula segunda del contrato, declaró el vencimiento anticipado de estos contratos, tal como consta en las comunicaciones que hace al demandado el 23 de julio del 2.010 (folio 29





(contrato de 27 de noviembre del 2.006), folio 63 (contrato de 13 de junio del 2.007), folio 92 (contrato de 23 de julio del 2.010), folio 114 (contrato de 14 de junio del 2.007)).

En estos documentos la parte demandante no dice o aclara cuál es el motivo del vencimiento de estos contratos. Simplemente los declara vencido unilateralmente remitiéndose a la cláusula segunda del contrato, que como leemos recoge varias causas de vencimiento.

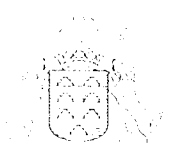
No nos compliquemos la vida, nadie discute el vencimiento ni la nulidad o validez de esta cláusula, tan solo el punto f. Y es que a consecuencia de este vencimiento el demandante, aplica el tercer párrafo de esta cláusula para hacer una liquidación de la cuenta.

Este tercer párrafo dice lo siguiente " ... Producido el vencimiento anticipado de la Operación, la cantidad a pagar por el Banco o por el Cliente como consecuencia de la resolución de la Operación será la que resulte de sumar (i) cualquier cantidad que se encuentre vencida e impagada a razón de la Operación a la fecha del vencimiento anticipado, y (ii) la cantidad que determine el Banco de acuerdo con los precios de mercado existentes en ese momento, para una operación hipotética con las mismas condiciones económicas y de pago que la Operación, y por un plazo equivalente al que medie entre las fechas del vencimiento anticipado y el vencimiento pactado inicialmente para la Operación. El citado cálculo lo realizará el Banco a la fecha de vencimiento anticipado determinada por la parte que haya instado el mismo, y será comunicado al Cliente por escrito, con explicación de los cálculos realizados. Dicha comunicación al Cliente podrá realizarse simultáneamente a la notificación del saldo deudor de la Cuenta de impagados, prevista en la estipulación Quinta siguiente...".

El párrafo cuarto no lo reproduzco, pero en síntesis parte del mismo planteamiento aunque aplicado al concurso.

Esta es la cláusula cuya nulidad se pide. En relación a esta nulidad debemos de señalar lo siguiente:

1º.- Que la nulidad de esta cláusula es perfectamente compatible con la validez del resto del contrato. De forma expresa lo dice la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Ley 7/1.998, de 13 de abril (en adelante LCGC).





El artículo 10 de forma expresa dice "... La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia...".

2º.- Por otro lado la LCGC, en su artículo 8 dice que serán nulas "... de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención...". Pues bien el texto de la cláusula segunda, párrafo f a partir del tercer párrafo, es nula porque quebranta los artículos 1.256 y 1.115 del código civil, además del 1.261 del mismo cuerpo legal.

3º.- Se quebranta los artículos 1.256 y 1.115 del código civil, por las siguientes razones. El primero de los artículos dice que el "... cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes...". Aquí se deja al arbitrio del Banco el vencimiento del contrato, al sujetarse al pago de una cantidad, y el Banco determinará esta cantidad de forma unilateral, léase si no la cláusula y el subrayado de la misma. ¿ que precios de mercados son esos? Nada dice el contrato.

También se quebrante el artículo 1.115 del código civil, cuando dice que "... cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula...". Como vemos para vencer o resolver el contrato hay que pagar una cantidad. Y esta cantidad la determina el banco y solo él de acuerdo con unos precios de mercado que no se dicen en el contrato y que a la postre quedan al arbitrio del banco, como así sucedió.

4º.- Y así sucedió al reclamarle el demandado la cifra de liquidación de estos contratos. Es decir de donde salía la cantidad que reclamaba por cancelar; la entidad BANESTO le contestó con un burofax de 23 de julio de 2.010 - folio 43- léase no tiene desperdicio, es ininteligible. A modo de ejemplo puedo reproducir el importe "... Liquidación por Cancelación de la Operación (que, como Ud. Conoce, es una Operación estructurada que combina un permuta de tipo de interés (IRS) con una opción Cap con Barrera("Cap con barrera Up&In")) se ha obtenido mediante la valoración de cada uno de sus componentes...".





5º.- Pues bien en este burofax se recoge la fórmula de cálculo tal como puede verse. ¿Porque no se recogió en la cláusula que ahora comentamos? ¿Por qué aparece como nueva durante la vida del contrato?. Si no está recogida en el contrato, nos lleva al tercer quebranto, al artículo 1.261 del código civil. Es decir para que exista contrato es necesario que exista consentimiento, y es evidente que para que exista consentimiento tiene que haber conocimiento y voluntad. No hay conocimiento cuando esta fórmula no se incorpora al contrato. No podemos decir que lo conocían los demandados cuando no se incorporó al contrato, habiéndolo conocido éstos tras la cancelación, instada por la financiera.

6º.- En relación a este punto es muy esclarecedor el interrogatorio del representante de BANESTO don
(00:21:06 DVD), quien admitió de forma expresa que la fórmula de cancelación no estaba en el contrato (aprox. 00:34:24 DVD), que cuando se pide se valora. Cuando se le preguntó de forma directa por el documento de 23 de julio del 2.010 -folio 43, 44- admitió que no sabía lo que era un cap con barrea Up&In, uno de los elementos de la fórmula "secreta".

Al mostrarle este documento a don
(1:25:00 DVD), declaró igualmente que no sabía el contenido de esta fórmula y el significado de estos conceptos.

7º.- Es evidente que el párrafo tercero de la cláusula segunda letra f, debe ser declarado nulo. Porque la determinación de la cantidad queda sujeta a la voluntad de una de las partes, la entidad BANESTO, que aplicará una fórmula. Fórmula que como hemos visto es desconocida en el momento de contratar, y que determinará BANESTO en el futuro. Formula que ni los propios empleados y representantes del banco entienden. No es algo serio, esta remisión se parece mas a un episodio de Harry Potter, que a un contrato riguroso.

8º.- La nulidad de este párrafo no implica la de el resto del contrato, porque solo declaro nulo la cantidad a pagar en caso de vencimiento anticipado. Es decir el vencimiento anticipado no se ve afectado, se podrá resolver el contrato, pero no será necesario para esto abonar la cantidad que se recoge en el tercer párrafo de la letra f) y cláusula segunda. Esto significa que esta declaración de nulidad en nada afecta a la voluntad resolutive de la entidad financiera, que subsistirá





aunque sin que el demandado tenga que abonar cantidad alguna.

OCTAVO.- TERCERA PARTE. RECLAMACIONES DE CANTIDAD DE LAS PARTES.

Con lo razonado hasta este fundamento es evidente que estas reclamaciones de cantidad, deben desestimarse con el siguiente razonamiento:

1º.- El demandante pedía 336.885,81 euros, como consecuencia de la resolución anticipada del contrato - ellos le llaman vencimiento anticipado- y de la aplicación de la fórmula de vencimiento de la cláusula segunda, letra f), párrafo tercero. Al ser esta cláusula nula - en el sentido ya indiciado en el párrafo anterior- es evidente que no cabe condenar al demandado al pago de esta cantidad, porque la resolución del contrato no trae consigo este pago, porque su formulación o determinación queda nula. Es decir, al final el contrato queda vencido - mejor resuelto- sin condena al pago de esta cantidad.

2º.- Los demandados reconvincentes, reclamaban la cantidad de 314.853,92 euros, como consecuencia de los reintegros de los intereses abonados por a los demandantes. Sostenían que como los contratos eran nulos había que reintegrarlos conforme al artículo 1.303 del código civil. No cabe este reintegro con este mismo argumento pero al contrario, al no haber nulidad de los contratos pretendidos, no cabe este reintegro.

De esta forma llego a una solución del conflicto que a juicio de este tribunal parece bastante equitativa. Las partes no se deben nada. Así el demandado no puede reclamar una cantidad por el pago de unos intereses, porque sabía a lo que se atenia cuando contrataba. Por otro lado el demandante no puede reclamar una cantidad tras el vencimiento o resolución del contrato, porque la fórmula que aplica no es conocida en el momento de contratar por el demandado, quedando a voluntad del demandante que puede aplicar esos criterio o cualesquiera otro, lo que a la postre supone un evidente desequilibrio en la posición contractual de cada una de las partes.

NOVENO.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la condena en costas





rige el criterio objetivo del vencimiento, salvo que existan dudas de hecho o de derecho.

En el caso de autos hay una desestimación de la demanda y una estimación parcial de la reconvención. En principio cabría la condena en costas, solo respecto de la demanda. Ahora bien entiendo que en el caso de autos concurren dudas de derecho en su imposición. La cuestión que hemos debatido, ha sido muy discutida por diversos juzgados y Audiencias, con soluciones dispares. A día de hoy no tenemos ninguna resolución del Tribunal Supremo o de esta Audiencia, que nos sirva de criterio fijo para resolver este tipo de litigios, por esta razón estimo que no cabe la imposición de costas.

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

F A L L O

QUE DESESTIMANDO TOTALMENTE la demanda interpuesta por don ARMANDO CURBELO ORTEGA Procurador de los Tribunales en nombre y representación del BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por doña RITA RODRÍGUEZ GUERRA en nombre y representación de S.L. debo hacer los siguientes pronunciamientos:

1º.- DEBO DECLARAR y DECLARO la nulidad de las siguientes cláusulas de los contratos y en los siguientes sentidos:

A.- Los contratos y cláusulas afectadas son, el contrato de 27 de noviembre del 2.006 (folio 17), la letra f de la cláusula segunda (folio 19).

El contrato de 13 de junio del 2.007 (folio 53), la letra f de la cláusula segunda (folio 58).

El contrato de 8 de febrero del 2.007 (folio 78), la letra f de la cláusula segunda (folio 81)

Y por último el contrato de 14 de junio del 2.007 la letra f de la cláusula segunda (folio 109).

B.- Respecto de esta cláusula segunda y letra F SOLO se declara nulo el tercer y cuarto párrafo en la forma que





he transcrito en el fundamento séptimo de esta resolución, dejando inalterado los párrafos primero, segundo.

2º.- ABSUELVO a las partes del resto de pedimentos que se venían haciendo en su contra.

3º.- NO hay condena en COSTAS.

Librese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión del original en el libro de sentencias.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, pudiendo interponer contra ella recurso de APELACIÓN ante la Il.ª Audiencia Provincial, a preparar ante este Juzgado en el plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de su notificación.

Previamente a la PREPARACIÓN, la parte recurrente deberá consignar un depósito de CINCUENTA euros, en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, en caso de no ingresarse no cabrá la admisión a trámite (D. A. Décimo Quinta de la L.O. 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, tras la reforma operada en el artículo diecinueve de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, (BOE 4 de noviembre del 2009)).

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo yo JUAN LUIS EGEA MARRERO MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número NUEVE de Las Palmas de Gran Canaria y su partido.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la presente resolución en el día de su fecha estando su S. S.ª celebrando audiencia pública. Doy fe.

