

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N3 DE LEON**

UNIDAD PROCESAL AYUDA DIRECTA

AVD./ SAENZ DE MIERA N° 6  
987/895109  
987/895209

CRISTINA DE PRADO SARABIA  
PROCURADORA  
**29/06/2011**  
FECHA DE NOTIFICACIÓN

N18740  
N.I.G.: 24089 42 1 2010 0014729  
**Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001543 /2010**  
**Sobre OTRAS MATERIAS**  
De D/ña.  
Procurador/a Sr/a. CRISTINA DE PRADO SARABIA  
Abogado/a Sr/a.  
Contra D/ña. BANCO SABADELL  
Procurador/a Sr/a. PABLO JUAN CALVO LISTE  
Abogado/a Sr/a.

**C E R T I F I C A C I Ó N**

BEGOÑA GONZALEZ SANCHEZ, Secretario/a judicial, del Juzgado de Primera Instancia número 003 de LEON, certifico que en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001543 /2010 consta , que literalmente se pasa a transcribir a continuación:

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA  
Nº 3 DE LEÓN**

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001543 /2010.

Demandante: Abogado: .  
Procurador: CRISTINA DE PRADO SARABIA.

Demandado: BANCO SABADELL. Abogado: . Procurador: PABLO JUAN CALVO LISTE.

**SENTENCIA Nº 161/11**

León, a miércoles, 22 de junio de 2011.

DON JOSÉ MANUEL SOTO GUITIAN, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº tres de León, y su Partido, ha visto los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 1.543/2010**, seguido entre partes, de una como actora **D.**

representada por la Procuradora Sra. De Prado Sarabia y asistida del Letrado Sr. García Angulo y de otra como demandada **LA ENTIDAD MERCANTIL BANCO DE SABADELL**

representada por el Procurador Sr. Calvo Liste y asistida del Letrado Sr. Álvarez Echeverría, sobre **RESOLUCIÓN DE CONTRATO**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por la Procuradora Sra. De Prado Sarabia en la representación que anteriormente se menciona, se presentó escrito de demanda, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que en el mismo constan y que por brevedad se dan por reproducidos, termina suplicando se dicte en su día sentencia por la que se declare: - la nulidad del contrato o contratos (dependiendo de cómo se interprete) celebrado-s entre las partes, en aparentes fechas de 8-IX-06 (solicitud de contratación de documento privado); 15-IX-06 (confirmación de la operación) y 15-IX-07 (contrato marco de operaciones financieras) y la subsiguiente restitución recíproca de las respectivas prestaciones derivadas de la aplicación de todo ello y todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a las partes a fin de que se personen y contesten a la demanda en el término legalmente establecido.

**TERCERO.-** Que por el Procurador Sr. Calvo Liste, en nombre y representación del anteriormente mencionado, se contesta en forma, mediante escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que en el mismo constan y que por brevedad se dan por reproducidos, termina suplicando se dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda con imposición de las costas a la parte actora.

**CUARTO.-** Con fecha 12/4/2011 se celebró la audiencia previa donde se admitió la prueba propuesta; con fecha lunes, 20 de junio de 2011 se celebró el juicio oral donde se practicaron las pruebas propuestas con el resultado que consta en acta: se practicó prueba de interrogatorio de la parte actora y prueba testifical; en periodo de conclusiones las partes mantienen sus pretensiones iniciales de condena y absolución respectivamente.

**QUINTO.-** Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado las oportunas prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Por la Procuradora Sra. De Prado Sarabia, en nombre y representación de D. se ejercitan acciones sobre reclamación de cantidad contra la entidad mercantil Banco de Sabadell que han dado lugar al presente procedimiento 1.543/2010.

**SEGUNDO.- OBJETO DEL PROCEDIMIENTO.-** Versa el presente procedimiento sobre la anulabilidad (dado que se postula por la actora un vicio del consentimiento) en la contratación del denominado contrato de gestión de riesgos financieros al entender la parte actora que dicho producto fue vendido como un contrato que tenía por objeto una especie de seguro de cobertura de los tipos de interés, sin coste alguno para el cliente, pero resultando que lo realmente contratado fue un

derivado financiero denominado "swap de intereses", con una mecánica altamente compleja y desde luego desconocida para un cliente del perfil del aquí demandante.

La parte demandada lo niega y sostiene que la parte actora fue plenamente conocedora y consciente del producto de riesgo que contrataba y por ello debe estarse a sus consecuencias.

### **TERCERO.- ANALISIS DE LA PRUEBA.- CONCEPTO DE SWAP.-**

El término **Swap** puede resumirse como **permuta (intercambio es su traducción del inglés)**. En términos financieros, un swap es un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras. Normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés específicos.

Originariamente los contratos "swap" nacen como consecuencia de las diferencias en la estructura de endeudamiento de las empresas y en sus diferentes necesidades de financiación. En el momento en que una empresa cuya actividad se centra en la producción de un determinado bien, requiere financiación ajena para su producción, está sujeta a dos principales fuentes de incertidumbre: - La evolución de sus ingresos, es decir de la producción y venta. - La evolución de sus costes, entre ellos, su coste financiero.

Pero también un Swap (los denominados swaps financieros), es una operación financiera con derivados sobre tipos de interés, en la que dos partes acuerdan intercambiarse los flujos de los tipos de interés, uno se posiciona como pagador fijo (tipo de interés fijo) y otro como pagador variable (tipo de interés variable). Y por ello sirve para cubrir riesgos ante cambios en el tipo de interés de referencia. V.gr.: Pensemos en el supuesto de que el cliente de una determinada entidad financiera decide concertar este producto (nos ceñiremos a su dinámica sin detenernos en los ánimos que asisten a los contratantes), en fecha de 2 de noviembre de 2010, estando el Euribor (a doce meses), en un valor de 1,54%, esto es, en mínimos históricos y con un comportamiento alcista. Las partes pactan un importe nominal y ficticio, 1.000.000 €, y una duración de tres años, con liquidaciones anuales. El tipo fijo a pagar por el cliente en cada una de las liquidaciones periódicas, será el 2,39%, mientras que la entidad financiera se compromete al pago del interés variable del índice Euribor, en su tipo fijado dos días antes de la liquidación. De esta suerte, si alcanzada la fecha de la primera liquidación -2 de noviembre de 2011-, el Euribor se encuentra situado en un valor de 2,75%, la entidad financiera deberá satisfacer al cliente el diferencial de 0,26%, calculado sobre el importe nominal de 1.000.000 €, lo que equivaldría a 2.600 €. Si, por el contrario, el tipo de interés hubiera permanecido inalterable o, pongamos, hubiera subido, tan solo hasta el 1,95%, el cliente debería satisfacer a la entidad financiera el diferencial de 0,44% sobre el importe nominal pactado, lo que se traduciría en 4.400 €. Los restantes años se procedería de igual modo.

A pesar del nombre **intercambio**, el concepto de que sean las dos partes las que cobran y las que pagan en cada liquidación no es más que una forma aparatosa e innecesaria de complicar la explicación de su funcionamiento. Lo que realmente sucede en un swap es simplificable a lo siguiente:

- Se fija de antemano un valor límite o barrera para cada liquidación, que generalmente no es el mismo en todas las liquidaciones sino que se determina en función de las previsiones del Euribor para meses posteriores.

- En cada liquidación, una de las partes paga a la otra la cantidad Euribor - barrera si dicha cantidad es positiva o bien la cobra de la otra parte si la cantidad es negativa.

El Contrato Marco de la AEB se refiere a la misma como "aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un período de duración acordado"

Como señala la **sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos de 1 de Marzo** de este año: "Los contratos litigiosos arriba referidos... tienen como finalidad dar cobertura al cliente que los contrata frente a los riesgos que suponen las fluctuaciones de los tipos de interés variable de otros productos financieros que el cliente tiene contratados, y en concreto el riesgo que supone el aumento del coste financiero que tiene que soportar cuando suben los tipos de interés, persiguiendo con ello una estabilidad en tal coste financiero ... de tal forma que el producto será atractivo para el cliente en un escenario de tipos al alza, es decir de subida del euribor, mientras que implicará pérdidas en un escenario, como el presente, de tipos a la baja, es decir de bajada del euribor, como ocurre en la actualidad que al tipo está alcanzando mínimos históricos debido a la situación de crisis económica existente... Igualmente hemos de señalar que en caso de contratarse un nominal por encima del importe de la deuda contraída por el cliente, el producto deja de ser de cobertura de riesgo financiero, y se convierte en un producto especulativo, en el cual el cliente gana o pierde según evolucione al alza o a la baja el euribor".

Es importante remarcar que, al depender de un valor fluctuante como es el Euribor, un swap sobre tipos de interés lleva en todo momento un riesgo asociado que ambas partes deben conocer, pues nunca jamás pueden ganar las dos partes a la vez: cuando una gana una cierta cantidad de dinero, la otra inevitablemente pierde esa misma cantidad. Es decir, que en un swap no se genera dinero nuevo obtenido a partir de inversiones o cotizaciones en bolsa sino que es un contrato mucho más simple que podría resumirse así: en cada liquidación una de las partes entrega parte de su capital a la otra en base a una apuesta que se hace sobre el valor del Euribor. También conviene dejar claro que es muy importante que ambas partes cuenten con previsiones propias de la evolución del Euribor, pues, al tratarse de una apuesta, el valor de las barreras se debe negociar y aceptar de antemano. Es más, el valor de esas barreras es precisamente aquello por lo que se

está apostando y es inconcebible que se deje a una de las partes elegir las barreras por su cuenta. En definitiva, el que haga la mejor previsión del Euribor y consiga negociar las barreras de forma favorable a sus intereses será el que ganará dinero. A nadie se le escapa que si de lo que se trata es de saber que va a pasar con los tipos de interés la entidad financiera juega con ventaja porque sus conocimientos técnicos serán siempre mayores. Sin embargo la evolución de los tipos de interés será siempre muy difícil de saber. En el mes de marzo de dos mil once se anuncia una subida de tipos de interés derivada de la inflación existente en Europa que proviene del aumento de los carburantes derivada, a su vez, de la inestabilidad política en el norte de África -especialmente Libia- que nadie pudo prever. "Por otro parte en el año 2006 la tendencia que regía el mercado era la de tipos al alza, pues éstos habían subido y lo previsible es que subieran en los próximos años por lo cual era aconsejable que el cliente que tenía contratados préstamos de interés variable cubriese el riesgo de la subida de tipos con productos que como los litigiosos garanticen la estabilidad de sus costes financieros. Obviamente las previsiones que existían en los años 2007 y 2008 no se cumplieron y los tipos evolucionaron en un sentido distinto de lo esperado, iniciando una tendencia bajista, llegando a alcanzar mínimos históricos, por lo cual se han producido liquidaciones negativas por importe considerable, cuando en los primeros años de vigencia de los contratos las liquidaciones eran positivas. Ahora bien, tal cambio de tendencia no era previsible cuando se suscribieron los productos, y el mismo se debió a un hecho no previsto por la gran mayoría de los operadores económicos cual fue la crisis económica que estalló en el verano de 2007 con la crisis de las "hipotecas subprime" y se agravó en septiembre de 2008 con la quiebra del banco "Lethman Brothers" crisis que provocó una falta de liquidez en el sistema y obligó a los bancos centrales a bajar los tipos de interés, lo que en último término determinó la caída del euribor a mínimos históricos, lo cual, reiteramos, no era previsible cuando se suscribieron los contratos litigiosos, extremo que ha sido reconocido por los dos peritos que han depuesto" **sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos.**

**CUARTO.-** Se señala que el presente swap tiene además una barrera. La doctrina ("Aproximación práctica a la figura del interest rate swap o permuta financiera de tipos de interés"): señala que: "cada vez gozan de mayor implantación las permutas conocidas como swaps bonificados, los cuales, en su inmensa mayoría, implican la inclusión en la fórmula de un tipo cap o tipo barrera, que modificaría la regla general en aquellos supuestos en que el tipo variable supere un determinado límite máximo.

Esta mutación del tipo básico, que favorece a la parte obligada al pago del tipo variable (entidad financiera), viene acompañada de una mejora o "bonificación" -de ahí el término de swap bonificado- del tipo fijo a satisfacer por el cliente (preservándose de esta forma la proporcionalidad de las obligaciones). Veamos como operaría uno de estos swaps bonificados, haciendo extensible el ejemplo anterior.

El mismo cliente decide finalmente concertar con la entidad financiera un instrumento financiero al que denominan swap bonificado. Así este producto opera del mismo modo antes expuesto, con dos únicas salvedades, a saber, i) que el tipo a satisfacer por el cliente no sería el de 2,39%, sino el de 2,1%; y ii) si el índice Euribor superase el valor de 2,62% el cliente ya NO abonaría el tipo fijado pactado previamente, sino el tipo variable menos un determinado diferencial, por ejemplo 0,25%. De esta suerte, si el 2 de noviembre de 2011 el índice Euribor se sitúa en el valor de 2,2%, el cliente recibirá el diferencial de 0,1% sobre el importe nominal pactado (1.000 €), mientras que si se situase en el 2,75% el cliente no percibiría el valor diferencial de 0,65%, sino que, al haberse superado el tipo barrera, recibiría el diferencial pactado de 0,25% (2.500 €).

Así, es de ver que, pese a que parezca muy compleja la operativa de las permutas financieras, y que, incluso formalmente estén catalogadas como instrumentos complejos de alto riesgo, al final se reduce poco menos que a una regla de tres (en su caso con las particularidades negociadas por las partes).

En este sentido, podemos citar lo sostenido por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 11 de Las Palmas (sentencia de 6 de abril de 2010), que al abordar el debate acerca de la posible nulidad de un contrato de swap defiende su mecánica sencilla, pese a que en ese caso se incorpora a la vez un cap y un floor

**QUINTO.- EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.** Pues bien ¿cuándo existe error?. El error ha sido definido por nuestra jurisprudencia como el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida Como se reseña en la jurisprudencia son requisitos del error: v.gr. **A.P. Madrid. (Sección 10.ª). Sentencia 17 febrero 2001.** "A su vez, para que el error a que se refiere el párr. 1.º del art. 1266 CC, pueda ser determinante de la invalidación del respectivo negocio, ha de reunir dos fundamentales requisitos:

**A) que sea esencial**, es decir que -en una de las dos manifestaciones de esa esencialidad del error, aparte del que recae sobre la propia sustancia contractual- la cosa objeto del contrato no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen y aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad de dicho contrato, motivó la celebración del mismo.

**B) En segundo término, que aparte de no ser imputable al que lo padece** -S.TS, de 16 Dic. 1957- el referido error, sobre derivar de hechos desconocidos para quien lo arma padecido - S.TS de 26 Dic. 1944- no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no solo quien lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta -SS.TS, Sala Primera, de 6 Jun. 1953, 27 Oct. 1964, 18 Abr. 1978, 9 Abr. 1980, 7 Jul. 1981, 4 Ene. y 12 Jun. 1982, 6 Nov. 1996, entre otras-; es decir, y aunque es frecuente, incluso por algunas sentencias de la propia Sala Primera,

incidir en una confusión meramente terminológica, aunque no conceptual, al utilizar el adjetivo calificativo apropiado a dicho requisito, que el error sea inexcusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció, lo que ha de ser apreciado atendidas las peculiaridades del negocio, ponderadas desde el ángulo de la bona fides y del principio de la confianza, a los que deberá concederse la relevancia que merecen."

Además dentro del ámbito de la contratación bancaria **la sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 6 de Gijón de fecha de 21 de enero de 2010** dictada en el juicio ordinario n° 584/09, uno de los requisitos esenciales que de todo contrato establece el artículo 1.261 del Código Civil es el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al artículo 1.262 del mismo Código, siendo nulo -de conformidad con el 1.265 de l mismo texto legal- si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. 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 contraen, lo que otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciéndose códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito, presidido por condiciones generales predeterminadas y en no pocas ocasiones no negociables e impuestas por quien ostenta la posición predominante en la negociación, en el caso que nos ocupa, los Bancos".

A la hora de apreciar **la excusabilidad del error** la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era 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 sea fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia, además, teniendo en cuenta las condiciones de las personas, siendo exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto -SSTS de 28 de febrero de 1974 y de 18 de abril de 1978-, y menor, por el contrario, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS de 4 de enero de 1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

Por último reseñar dos cosas:

- en cuanto al error se refiere, una cosa es el error sobre los elementos esenciales del contrato y otra muy distinta el error sobre las previsiones que se tienen sobre los resultados futuros de tal contrato.

- El error es una medida excepcional, sostiene DÍEZ-PICAZO: "Lo normal es estar a lo pactado, con todas sus consecuencias favorables o desfavorables y no utilizar la figura del error para lograr una desvinculación del contrato".

Desde la perspectiva litigiosa, interesa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato enjuiciado y teniendo en cuenta por ello la reforma introducida por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, tras declarar incluidos en su ámbito de aplicación en su artículo 2. b), entre otros, los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos 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, establecía en el artículo 78.1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía, y en el artículo 79.1, apartados a), c) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuese propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados. Y en desarrollo de tales previsiones legislativas, el RD 629/1993, de 3 de mayo, establecía en su artículo 16 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación, debiendo además informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, incorporando como Anexo un Código General de Conducta en los mercados de valores en el que se establecía la

obligación de las entidades de facilitar a sus clientes la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, precisando además, 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. Todo ello ha permitido al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, aunque referido a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establecer el criterio que expresa su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la del año 2008 -páginas 116 y 117 y 135 y 136, respectivamente y que pueden consultarse en su página web- y referido a que las entidades financieras deben estar 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 y sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias. A ese deber de información en la fase precontractual se refiere la **sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, de 27 de marzo de 2009**, destacando al efecto que la tendencia del legislador ha sido, si cabe, más proteccionista de la clientela y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras, señalando que "... los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto en relación con la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos ( ... )"; y así lo entiende también el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en un informe de fecha de 24 de junio de 2006 y en relación con una permuta financiera vinculada a la cobertura del riesgo de interés de un préstamo hipotecario, producto que no presenta características especulativas a diferencia de lo que sucede en este caso, advierte, no sólo que se trata de un producto cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, sino también de que para la clientela tradicional, conocedora únicamente de los productos típicamente bancarios, 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 de su vencimiento, entendiéndose por ello que las entidades que diseñan y ofrecen esos productos a la clientela deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste 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.

**QUINTO.- ANALISIS DE LA PRUEBA.** En el caso que nos ocupa entiende este juzgador que se acredita el existencia de un vicio en el consentimiento por los siguientes motivos.

Hasta el presente procedimiento este juzgador ha dictado diversas sentencias sobre este tipo de derivados desestimando las demandadas de anulabilidad en base a tres cuestiones fundamentales:

- los destinatarios de dicho eran empresarios con un nivel económico significativo que tenían un nivel de asesoramiento importante y por ello podían haber salido del posible "error" que les hubiera generado este producto nuevo.

- por igual motivo de su condición de empresarios tenían concertados diversos productos bancarios como líneas de descuento de papel, contratos de leasing, etc. que les hace indudables concededores de las prácticas bancarias y de conceptos financieros como el euribor.

- en estos casos el swap suele convertirse en un mero producto especulativo que tiene una autonomía clara respecto de los otros contratos que hayan podido concertar los actores. Sobre este tema señala la doctrina (Salvador RUIZ BACHS): "Es cierto que una de las razones por las que el cliente puede estar interesado en concertar un swap es para cubrir el riesgo de oscilación de los tipos de interés de un préstamo o crédito. De hecho, nuestra normativa obliga a las entidades de crédito a ofrecer a sus clientes productos financieros que les protejan de las modificaciones del tipo de interés. La concertación de un swap puede servir específicamente para evitar al cliente los vaivenes de los tipos de interés y le puede suponer un menor coste de la financiación, pero esta finalidad financiera o económica del contrato de permuta financiera (swap) sobre tipos de interés nada tiene que ver con sus efectos jurídicos. La permuta financiera de tipos de interés es y funciona jurídicamente (y de facto) como un contrato autónomo e independiente de las operaciones de pasivo cuyo riesgo de tipo de interés pueda estar intentando cubrir. Estas operaciones de pasivo, sean préstamos o créditos, se mantienen totalmente inalterados en cuanto a sus términos y condiciones y los swaps, por un lado, y los préstamos y créditos, por otro, coexisten o viven de manera independiente sin que deban verse necesariamente afectados por las vicisitudes del otro negocio jurídico"... "En muchas ocasiones, incluso cuando los swaps se utilizan con finalidad de cobertura, puede resultar extraordinariamente difícil identificar exactamente cuál es la operación u operaciones de pasivo cuyo riesgo de tipos de interés se está intentando cubrir con los swaps. En tal contexto, resulta artificioso, cuando menos, sostener la existencia de una novación modificativa de las condiciones de las operaciones de pasivo cuando los swaps no cubren una operación específica y ni siquiera comparten identidad de partes, objeto, importes y otras características como períodos o plazos con las operaciones de pasivo a las que presuntamente no varían"

Pero en el caso que nos ocupa la cuestión es totalmente diferente por los siguientes motivos.

1.- En primer lugar queda claro de la declaración de D<sup>a</sup>. Silvia García (directora de la entidad bancaria) que el presente derivado si bien no se vendió directamente como un seguro, si se hacía como un producto que servía de "cobertura de tipos". Si bien, insisto, no se emplea el término "seguro", sí se emplea el de "cobertura" que tiene igualmente que ver con el ámbito del seguro y es evidente que se estaba comercializando como tal: como un seguro. Efectivamente se señala que lo que se ofertaba era un producto que cubría a la actora de la posible subida de tipos de interés pero en ningún momento se les hacía saber que ocurría si los tipos bajaban. En otras palabras, no se les hacía saber en modo alguno que lo que estaban haciendo con este producto era concertar una hipoteca a interés fijo en vez de interés variable, lo cual choca radicalmente con toda la negociación previa que tuvieron las partes para lograr un diferencial en mejores condiciones que otras entidades y que la anterior titular del préstamo hipotecario en el que se subrogó la parte actora (junto con su esposa).

2.- En segundo es evidente que una información así de sesgada facilitada por la directora de la oficina bancaria no es suficiente para unas personas (como el actor y su esposa) que carecen de estudios superiores (solamente a nivel básico). En ningún momento se les ofrece una tabla con diversos supuestos posibles donde se contemplara un posible escenario en el que los actores se vieran obligados a pagar. Como queda acreditado en el acto del juicio el actor y su esposa sólo tenían una idea de preocupación: saber en cuanto se les quedaba la letra mensualmente.

3.- En tercer lugar la información facilitada al actor no pudo ser muy adecuada cuando la propia directora no comprende bien los términos del contrato dado que ignora el significado de las letras "KO" de la página dos del documento cinco cuando se refiere a la barrera analizada en el fundamento jurídico cuarto. De igual manera y en la misma hoja se habla de importes variables cuando luego se hace una relación de importes fijos. Siendo esto así es todavía más improbable que el actor supiera que significa el día "target".

4.- En esta misma línea se insiste por la parte demandada que en la parte inferior del folio dos del documento n<sup>o</sup> 4 aportado con la demanda se explica claramente qué es lo contratado y que allí consta que el actor puede verse obligado a pagar. Pues bien, lo que allí se describe es el funcionamiento únicamente de la barrera que se fijó en el 4,25% de tal manera que si se alcanzaba el cliente cobraba una "subvención" (se desconoce el significado de este término en este concepto) del 0,15%. En el primer apartado se describe lo que ocurre si no se alcanza la barrera, "que el cliente paga el 3.49%" que es el interés fijo que se ha fijado inicialmente en el swap. Desde luego parece contrario a toda equidad que tanto el tipo fijo del swap inicial como la barrera se incremente durante el transcurso del contrato.

En este mismo folio dos de la solicitud se introduce de nuevo un término de confusión cuando se habla de que "no se exige el pago de prima alguna al inicio de la operación". La

referencia al pago de una "prima" lleva de nuevo a la conclusión de que lo que se estaba vendiendo era un seguro.

Las páginas uno y tres de la solicitud de contratación son prácticamente idénticas y en ningún momento se hace referencia a la posibilidad de existir liquidaciones negativas por lo que es claro que el actor no pudo en ningún momento conocer que esta situación era posible.

Tampoco en el documento n° 5 se hace referencia en modo alguno de manera clara y comprensible a la posibilidad de liquidaciones negativas.

5.- En el presente caso nos encontramos ante una situación donde el derivado financiero se ofrece no como un contrato autónomo sino como un contrato ligado claramente a la hipoteca en la que se subrogan el actor y su esposa. Por lo tanto el actor, que carece de cualquier otra inversión o producto bancario, no está interesado en contratar un producto especulativo que no tenga relación con su hipoteca. Siendo esto así, insisto, no es comprensible que se le negocie un diferencial bajo (negociación "dura" según la directora del banco) para seguidamente ofrecerle una "cobertura de tipos" que lo que realmente supone es que, en todo caso, el actor tiene que pagar un tipo fijo del 3,49 % al principio y un 4,29% al final del contrato; ¿qué sentido tiene entonces la negociación previa?.

6.- Si nos atenemos a las fechas de los contratos no se alcanza a comprender que el documento n° 6 -el contrato marco- esté firmado casi un año después de los documentos cuatro y cinco.

D<sup>a</sup>. María del Mar explica clara y sinceramente lo que ocurrió cuando se produjeron las primeras liquidaciones positivas: que acudió al banco y allí la dijeron que "estuviese tranquila que es lo que había firmado". De nuevo en este momento se establece el desconocimiento de ambas partes (banco y actor) del producto que realmente se había ofertado.

En resumen: entiende este juzgador que con motivo de la subrogación de un préstamo hipotecario a dos personas ajenas al tráfico mercantil (que sólo querían saber en cuanto se les quedaba la letra) se les oferta un seguro para cubrirse de posibles subidas de euribor. Conforme a esta idea (en principio beneficiosa) el actor firma lo que en realidad es un producto distinto, esto es, un derivado financiero que está sujeto a un elemento variable (lo que es contrario a lo que quería el actor) y que lo que determina finalmente es que el actor y su mujer tienen una hipoteca a renta fija (algo que tampoco querían).

La reciente **sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de abril del presente año** señala que: "Con este panorama, es manifiesto que ninguna prueba ha realizado la apelante para tratar de acreditar, por un lado la necesaria información de una operación que no tiene nada de sencilla, haciéndose necesario incluso para resolver las cuestiones aquí planteadas dar un concepto de lo que sea ese intercambio de intereses,

que no lo son en sentido estricto, sobre una cantidad nominal que realmente no es entregada, lo que da lugar trimestralmente a liquidaciones de cantidades; pero, por otra parte, lo que tiene mayor trascendencia, tampoco ha sido capaz de explicar en forma mínimamente creíble la razón de ser de dejar sin efecto un contrato con duración de tres años y con una condición general segunda (folio 30) sobre vencimiento anticipado, en el que en forma rigurosa se prohíbe la cancelación anticipada salvo cuando concurren circunstancias tasadas, ninguna de las cuales desde luego tuvo lugar.

Es evidente de este modo la existencia de un vicio en el consentimiento por parte de quienes firmaron las dos operaciones, con aplicación de los arts. 1265 y concordantes del Código Civil (CC), una vez acreditada la falta de una mínima información que les permitiera conocer la dimensión de la operación a que se comprometía y en particular el concreto motivo por el que el contrato primeramente firmado se dejaba sin efecto a instancia de la entidad bancaria. En este sentido, debe señalarse que aun cuando se cita la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios en la demanda, en particular el art. 10, el hecho de firmarse los contratos por la mercantil y no por sus socios a título individual hace, cuando menos difícil, la posible aplicación al supuesto de hecho de este texto, aun cuando en ambos además del administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, también firma el otro socio sin justificación dada lo innecesario que resultaba. Ahora bien, el vicio en el consentimiento presente es el error de naturaleza invalidante al recaer sobre las condiciones que dieron motivo a celebrarlo (art. 1266 CC), si se tiene en cuenta que al contestar la demanda se señala que la entidad bancaria "ante la posibilidad de subida de tipos de interés, y con el fin de proteger al mercado hipotecario español y de otorgar a los clientes una mayor protección y seguridad ante esta coyuntura económica" aconsejó la suscripción de las dos operaciones litigiosas (folio 9 de su escrito, en el 159 de los autos), habiendo tenido como consecuencia dicha peculiar protección el débito del cliente que superó los 15.000 en un periodo de tiempo, desde la firma del segundo contrato hasta la última liquidación, inferior a dos años.

No debe olvidarse, también en esta materia, la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988), así como el RD 629/1993, de 3 de mayo, vigentes ambos textos cuando se firma el primer contrato, y la modificación del primer texto a través de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, ya en vigor cuando se firma el segundo, disposiciones que regulan con enorme rigurosidad el comportamiento de las entidades que presten servicios de inversión, que debía ser con diligencia y transparencia en defensa de sus clientes, cuidando de sus intereses como si fueren propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos; en el art. 16 del RD 629/1993, de 3 de mayo, se establece la obligación de estas entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación un documento en el que se exprese con claridad los tipos de interés, comisiones o gastos aplicados y cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación, debiendo informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, llegando a

incorporar como Anexo un código general de conducta en el que se incluía la necesidad de solicitarles la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (en el art. 4.1), y sin olvido de advertir de los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo; por fin, la reforma de la primera Ley señalada establecía las diferencias entre clientes profesionales y minoristas para distinguir en su artículo 78bis el comportamiento debido de dichas entidades de servicios de inversión frente a unos y a otros, y en el 79bis regula de forma exhaustiva los deberes de información dirigidos a los clientes no profesionales, incluidos los potenciales, siendo evidente que en el caso que se examina la sociedad limitada constituida por los dos firmantes de los contratos merecen tal calificación. Evidentemente, en ninguno de las dos operaciones actuó la entidad bancaria con el mínimo cumplimiento de tales obligaciones ni la menos rígida de 1988 y 1993, aplicables a la primera, ni por supuesto la más rigurosa de 2007, aplicable a la segunda. Y en esta dirección, no puede considerarse que con la introducción en las condiciones generales de un "aviso importante sobre el riesgo de la operación" que figura en ambos contratos pueda exonerarse a la entidad bancaria de cualquier responsabilidad, pues en esa mera advertencia, puesta por la única parte que redacta el contrato, no se está dando cumplimiento a la debida y completa información a que se refieren las disposiciones normativas a que se acaba de hacer referencia"; el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de dos mil once señala que: "En contratos especulativos y de alto riesgo como el que nos ocupa, deben exigirse con especial rigor los deberes precontractuales de información, que debe ser exquisita, clara, precisa, exhaustiva, y comprensible para el cliente no experto en cuestiones financieras.

Esa exigencia de pulcritud y exhaustividad de la información viene impuesta desde las normas generales de la contratación, para que pueda cumplirse la libertad de pacto del Art.1255 C.C. en plano de perfecta igualdad entre los contratantes, y excede de la diligencia ordinaria de un buen padre de familia, para situarse en la diligencia profesional de un leal y honesto comerciante; de un honorable banquero.

El segundo nivel de exigencia viene impuesto por la normativa de protección de los consumidores, en el bien entendido aspecto de que los contratos bancarios son contratos de adhesión y sujetos a condiciones generales de contratación.

El tercer nivel de exigencia proviene de la normativa especial sobre las entidades financieras y sus operaciones, y en especial las del tipo que nos ocupa.

Nos referimos a los Arts. 63.1 A) y D), 63.2, 70 y 79 bis) de la Ley 24/88 de 24 de julio del Mercado de Valores reformada por Ley 47/07 de 19 de diciembre del Mercado de Valores, dirigidos a las empresas de servicios de inversión, y que diseñan un sistema de protección de la transparencia del mercado y de los intereses de los inversores profesionales o minoristas. En particular las exigencias de los Arts.79 y 79 bis sobre la transparencia y deber de información imponen un tipo de comportamiento muy riguroso, basado en la

obligación de cumplir el encargo de sus clientes, administrando las carteras de valores confiadas con diligencia y transparencia, en interés del cliente y en defensa del mercado.

Deben separar la gestión de cartera de clientes de la propia de la entidad; no cabe el totum revolutum, y de existir conflictos debe primar el interés de los clientes sin distinción ni discriminación alguna por tipo, categoría, o importancia de la inversión, y desplegar la misma diligencia que se emplea en la administración y gestión de la cartera propia.

Deben recabar de sus clientes toda la información necesaria para la mejor administración de las inversiones y valores confiados, informarlos sobre la situación de la cartera, y de las incidencias del mercado que puedan influir en la administración, responder las consultas de los clientes, no tomar posiciones por cuenta propia, etc. ex Art. 79 de la LMV .

Las obligaciones expuestas se reforzaron por el Art.8.1 del Rdtº 867/2001 de 20 de julio , afirmándose generalmente la responsabilidad del empresario por la infracción de las normas de conducta expuestas, amen de las generales que impone el Art.259 C.Co .

Por su parte, la directiva comunitaria 2004/39 de la CE sobre los mercados de instrumentos financieros, desarrollada por la directiva CE 2006/76 , traspuestas ambas a nuestro derecho, y el Reglamento CE. 1287/2006 , obligan a someter al cliente a un test; test MIFID, para obtener su cultura financiera, y conocimiento de los mercados, clasificarlo como minorista o profesional, ponerle de manifiesto la naturaleza y riesgo de los instrumentos financieros ofertados, y valorar si el producto es adecuado a las necesidades del cliente.

Respecto del contrato que nos ocupa, tachado en múltiples ocasiones de abusivo y engañoso, se hace eco el informe anual del Defensor del Pueblo de 27-11-2009. Nos dice: "Se ha denunciado el uso por parte de las entidades de productos financieros que posibilitaban la permuta de los tipos de interés aplicados a los préstamos hipotecarios. Estos productos, técnicamente complejos, con múltiples denominaciones, considerados como productos de alto riesgo por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se ofertaban como un producto que aseguraba el tipo de interés. La percepción de los ciudadanos era que el producto consistía en un tope para la subida del euribor, pero en realidad consiste en un seguro, que pagaba el hipotecado, facilitando que la entidad mantuviera los tipos de interés aun en el supuesto de que el euribor bajara. Era, por tanto, un seguro pensado para cubrir los riesgos de las entidades, seguro que pagaba el cliente, y que mantenía los tipos de interés para la entidad, y no para el propio cliente. La operativa de las entidades que denunciaban los afectados se producía de la siguiente manera: Una persona de responsabilidad de la sucursal de la que eran clientes contactaba con ellos ofreciéndoles un producto que les protegería de las continuas subidas del euribor. Éste tenía un coste que incrementaba ligeramente la cuota hipotecaria, pero evitaría que superara ciertos límites. Estos límites se situaban por encima del diez por ciento de interés y los productos se ofrecieron cuando el euribor se situaba por debajo del 5 por 100. Los préstamos vigentes se convertían con este contrato adicional en tipos fijos, de modo que el cliente pagaba a la entidad una cuantía unificada, y solían aceptarla considerando que en los dos últimos años el tipo de interés había subido de forma constante.

Los clientes no detectaban la verdadera naturaleza del contrato porque la tendencia era alcista, pero cuando el

euribor comenzó a descender y los tipos bajaban continuamente, los clientes se encontraron con que su cuota hipotecaria era muy inferior a la que venían pagando, sin embargo, junto con ésta existía un concepto adicional (con variadas denominaciones, "SWAP", "IRS", etc., que se sumaba de forma inseparable a la cuota hipotecaria. Como ejemplo, aquellas cuotas que rondaban los 1.400 euros se incrementaron hasta los 1.500 cuando firmaron el contrato, y cuando los tipos bajaron, las cuotas hipotecarias que rondaban los 1.000 euros, añadían los otros 500 en concepto del citado contrato. Cuando los afectados comprenden el funcionamiento del "seguro", tratan de cancelarlo. Las entidades les informan de que en el contrato figura una cláusula que permite a la entidad cobrar una comisión de cancelación, que podía alcanzar los quince o veinte mil euros, y que supone, de hecho, pagar las cuotas restantes hasta que finalice el plazo contratado que era, de forma habitual, entre dos y cinco años. En un primer momento el Banco de España consideró que estos productos deberían ser objeto de una mejor información para los usuarios de las entidades bancarias, pero posteriormente cambió de criterio y estimó que, de acuerdo con la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, no existe un deber específico de información sobre el riesgo que los clientes asumen en la contratación de estos productos y que desconoce la información verbalmente facilitada. También considera el Banco de España que no está comprendida en sus competencias la facultad de indagar sobre la actuación que el personal de las citadas entidades desarrolla en la comercialización de los productos de su empresa, puesto que debido a la naturaleza de las mismas, son los Juzgados y Tribunales quienes han de resolver el conflicto.

De hecho, los tribunales no han sentado una doctrina uniforme en la materia, pero el propio Banco de España considera que los productos vinculados, como es el presente caso, deben ser objeto de un análisis conjunto con el producto principal, para la mejor protección de los usuarios, pero también interpreta que en la medida en que la cuantía final que paga el usuario es la misma en el caso de contratar un préstamo hipotecario con un tipo variable más el contrato de permuta financiera que si hubiera contratado un tipo de interés fijo, se cumplen los fines que la norma de protección regula, puesto que el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, establece que las operaciones de tipo fijo no requieren una protección adicional. Por otro lado manifiesta su opinión, como organismo regulador, que el hecho de que estos contratos solo beneficien a la entidad es una cuestión casuística y competencia de los Tribunales de Justicia.

El Defensor del Pueblo defiende la opinión de que estos productos fueron contratados por usuarios que pretendían protegerse frente a las subidas de tipos, y no frente a posibles bajadas que eran, de hecho, deseadas por ellos, por lo que no se facilitó una información transparente que permitiera a los clientes elegir libremente, máxime cuando las entidades financieras conocen con antelación la evolución del sector. Esta falta de libertad es lo que debería inducir al Servicio de Reclamaciones del Banco de España a manifestar una opinión más rotunda respecto de las prácticas comerciales de las entidades que regula, por cuanto que abocar a los usuarios a una demanda judicial, cuyo resultado siempre será incierto, supone dejar impunes conductas que debieran, al menos, ser objeto de una investigación severa y adecuada a la gravedad del problema manifestado. Estas quejas están siendo aún objeto de investigación (09006030, 09008467, 09008468, 09009315, 09009389, 09010111, 09010766, 09011062, 09011088, 09011120, 09012526, 09012971, 09012972, 09013045, 09013762, 09013814, 09013872, 09014080, 09014237, 09014717, 09015711, 09017327,

09017817, 09018258, 09018475, 09019318, 09019365, 09019456, 09019622, 09019639, 09020326 y 09020430, entre otras muchas)."

**SEXTO.- COSTAS.-** Siendo indudablemente una cuestión que ha suscitado criterios jurisprudenciales muy encontrados no procede hacer expresa condena en costas.

### FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda presentada por la Procuradora Sra. De Prado Sarabia en nombre y representación de D. contra la entidad mercantil Banco de Sabadell, y por ello debo declarar y declaro - la nulidad de los contratos celebrados entre las partes, en aparentes fechas de 8-IX-06 (solicitud de contratación de documento privado); 15-IX-06 (confirmación de la operación) y 15-IX-07 (contrato marco de operaciones financieras) y la subsiguiente restitución recíproca de las respectivas prestaciones derivadas de la aplicación de todo ello y todo ello sin expresa imposición de las costas a la parte demandada.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de Apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de León en el plazo de CINCO días desde su notificación, **previa consignación de 50 € en la cuenta del expediente, de conformidad con lo ordenado en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009.**

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgada en Primera Instancia lo pronuncio, mando y firmo.

### **DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN Y DEPÓSITO.- León**

La anterior fue hecho pública por el/la Ilmo. Sr. Magistrado que la suscribe, en el día de la fecha durante las horas de audiencia mediante depósito en esta Secretaría a mi cargo, emitiendo, seguidamente, certificación de la misma para su unión a los Autos, y archivando el original de la sentencia en el libro correspondiente. Doy fe.

Lo anteriormente transcrito concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, extendiéndose la presente certificación en LEON, a veintitrés de Junio de 2011.

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL,