

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE LEON

Procedimiento: ORDINARIO 1593/10

S E N T E N C I A N° 201/11

JUEZ QUE LA DICTA: ROSA MARIA GARCIA ORDAS

Lugar: LEON

Fecha: ocho de Julio de 2011

Demandante:

Abogado/a: BERNARDO L. GARCIA ANGULO

Procurador/a: PABLO JUAN CALVO LISTE

Demandado: BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A.

Abogado/a: FELIX PASTOR ALFONSO

Procurador/a: MARIA SOLEDAD TARANILLA FERNANDEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el procurador Sr. Calvo Liste en nombre y representación de se presentó demanda en la que tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó con el suplico al Juzgado interesando que tras los trámites legales se dicte sentencia por la que se acuerde la nulidad del contrato celebrados entre las partes con fecha 6 de junio de 2008, denominado "Sobre Operaciones Financieras", así como la subsiguiente restitución recíproca de las respectivas pretensiones, con expresa imposición en costas a la entidad demandada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la demandada la que dentro del plazo se personó en autos, oponiéndose a la misma y tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho terminó con el suplico, interesando que tras los trámites legales se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y todo ello con expresa imposición de costas.

**TERCERO.-** Admitida la contestación, se señaló fecha para la celebración de la audiencia previa, a la que asistieron las partes y abierto el acto ambas partes ratifican sus peticiones, proponiéndose prueba, que es admitida y señalándose fecha para su práctica.

En la fecha señalada y con la comparecencia de las partes se practicaron las pruebas propuesta y admitidas con el resultado que obra en autos, dándose por finalizado el acto y vistos los autos para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En la demanda rectora de los presentes autos, la actora solicita la declaración de nulidad del contrato suscritos con la entidad Banesto, en fecha 6 de junio de 2008 (doc 3 de la demanda), de contrato marco de operaciones financieras y la orden de contratación de permuta financiera de los tipos de interés, que se fijaba un importe nominal de 150.000€, y un tipo fijo de 4.950%.

Alega que fue la entidad bancaria la que oferto los productos y no fueron solicitados por la actora, que siempre manifestó " no había ningún perjuicio y no tenía trampa " y que se fija un nominal muy superior al importe de las operaciones financieras realizadas por la actora que ascendían a 42.000€ que existía notable desproporción entre las liquidaciones a favor del banco y del cliente, que el cliente no puede cancelar anticipadamente la operación ni se sabe cual es el coste de la supuesta cancelación anticipada, manifestando el banco que aproximadamente 15.900€

Frente a tal reclamación, el demandado se opone alegando la propia naturaleza y objeto social de la entidad demandada, igualmente que el nominal de 150.000 se fijo por las partes como valor a efectos de calculo de intereses, pero que esta en razón al endeudamiento del cliente 244.643€ a corto plazo y 184.813€ a largo plazo, manifiesta que no tiene la demandante la condición de consumidora, que es profesional y no minorista que no existe error determinante como vicio del consentimiento, que el contrato no se firmó apresuradamente sino que responde a la iniciativa de la empresa demandante.

**SEGUNDO.-** Debe señalarse en primer lugar:

- a) Que la empresa demandante es una empresa dedicada al sector con unos 19 trabajadores.
- b) La representante de la demandante y firmante del contrato es licenciada en empresariales.
- c) En la fecha de firma del contrato litigioso además de los dos arrendamientos financieros de 20.000€ y 22.000€ la demandante tenía concertados un préstamo con Banesto por 110.00€, que en ese momentos se había abonado casi la mitad y otro con la misma entidad a tipo 0,8 (doc 6 de la contestación), otro con caja España de fecha 13 de marzo de 2001 de 180.000€ amortizado en gran parte en aquella fecha, y un arrendamiento financiero con Caja España de junio de 2007 que a fecha junio de 2008 restaba 13.849€ de capital, pero con tipo fijo , y otro con BBVA un arrendamiento financiero de enero de 2005 de 56.000€.
- d) Con posterioridad al contrato objeto de autos (el 27 de octubre de 2008)firmó otro de similares condiciones con al entidad Bankinter.

**TERCERO.-** Fundamenta la actora su demanda tanto en los preceptos generales del Cc relativos a la formación y vicios del consentimiento contractual como en la normativa de defensa de consumidores y usuarios.

A este respecto se alega por la demandada la no aplicación de esa normativa y protección especial por la naturaleza de la actora, sin embargo debe decirse que obviarse además que el consumidor no es, como se ha dicho, un status subjetivo permanente, sino que dicha calificación le es atribuida a quien actúa de determinada manera y con relación exclusiva a esa actuación.

En este sentido resulta más comprensible la redacción actual del concepto de consumidor que aporta el texto refundido de la Ley de Consumo-RDL 1/2007 - que en su artículo tercero afirma que son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en el ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Pues bien, afirmarse consumidor implica probar el concepto que contraría la naturaleza de las relaciones que son propias de una entidad mercantil que es la de producción de medios y servicios para el mercado, a cuyos efectos, el patrimonio y el mercado jurídico constituyen las fuentes propias para la consecución de aquellos fines, de modo tal que de forma connatural a esta naturaleza de la persona, la consideración primera es que las adquisiciones tienen por objeto cumplir con los fines del objeto social, de forma directa o indirecta, y no fines ajenos al mismo pues el objeto social constituye para una entidad mercantil de capital, la expresión legal de su actividad. En consecuencia, no basta para afirmarse destinatario final del producto, fórmula escasamente vinculada al consumo ordinario, la descripción de un objeto social, sino que es preciso probar la falta de vinculación, por las circunstancias concurrentes ad hoc, entre el acto o contrato y la actividad empresarial.

Y en este caso no cabe sino entender que el swap o permuta de intereses financieros está vinculado a la actividad empresarial de la demandada, relativa al sector del vidrio.

Ya respecto al consentimiento contractual conviene precisar en primer lugar que, para que el error sea invalidante del consentimiento, como vicio de la voluntad negocial, es preciso que sea sustancial o esencial, sobre las condiciones que hubieren dado motivo a la celebración del contrato, atendida su finalidad -en este sentido SSTs 12 julio 2002, 24 enero 2003 y 12 noviembre 2004.

Por otra parte que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe.

Para la apreciación de este criterio jurídico es determinante valorar el contenido de los contratos litigiosos, de permuta financiera de tipo de interés - contrato Swap, o Clips, que describe y define, como un contrato "en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nacional en una misma moneda, precisando que en este caso el cliente se comprometía a pagar a un tipo de interés fijo en referencia al Euribor a cambio de recibir de Banesto un tipo de interés variable referido al Euribor. Cabe decir, por tanto, aunque el contrato no venga definido propiamente como tal, que la permuta financiera de intereses es un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente, y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (importe notional), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia".

Sobre este tipo de contratos se han pronunciado numerosas Audiencias Provinciales, entre otras la de León en sentencia reciente de 21 de enero de 2011 de la secc 2º, y de Asturias, en la sentencia de 29 de octubre de 2010, y 16 de diciembre de 2010, con cita de otra de fecha 27 de enero de 2010 que declara: "es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 del código civil y 50 del código de comercio, incorporado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (notional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno y otro contratante un saldo deudor o, viceversa".

En concreto, el contrato de litis viene a estructurarse en unas condiciones generales o contrato marco, idénticas para todos los productos financieros susceptibles de contratación con la entidad bancaria demandada, y unas condiciones particulares individualizadas para tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco, desarrollado en las condiciones generales expuestas en el mismo.

Dado que el acuerdo de intercambio del pago de tipos de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial fijo sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros la nota de aleatoriedad es también característica de tal clase de contratos. Sin bien la finalidad que normalmente se persigue con la concertación de dichos contratos es la de posibilitar a las empresas la cobertura o

mejora de la deuda financiera ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a un motivación de índole puramente especulativa, que no parece que sea el presente caso.

Otro objeto de discusión y debate es el referido a la falta de información y conocimiento de lo que se estaba contratando.

De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (Sentencia A. P. Valencia de 26-04-2006).

La tendencia del legislador en los últimos tiempos, ha sido cada vez más proteccionista de la clientela y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Y así, en aplicación de la doctrina de la C.E., el R. D. 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga el R.D. 629/1993 de 3 de mayo, y en su art. 64.1 dispone que las entidades financieras 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. Debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convenga. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y de conveniencia (arts. 72 y 73 del Real Decreto 217/2008 art.72 art.73). Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros (art. 79 bis 8 LMV), aún cuando la iniciativa parta del cliente la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia. Así lo ha declarado la sentencia del TS de 11 de julio de 1998 se manifiesta que: "la ley del Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art.79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones del mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada ya sí el art. 255 del código de comercio 1 impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al

comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación. La sentencia del TS de 27 de enero de 2003, declara que: "...la entidad efectúa como labor profesional y remunerada, una gestión de intereses y por cuenta de tercero, en el marco de las normas del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad...".

**CUARTO.-** Con arreglo a lo expuesto, hemos de analizar si en el caso concreto que nos ocupa ha existido información adecuada y suficiente a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio y la respuesta ha de ser negativa. Pues en el contrato de gestión de riesgos financieros no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto, se establecen unas tablas de periodos y de tipos barreras aplicables y referencias variable, y otras referencias como "días de liquidación target", que precisa hasta aclaración terminología en la página cuatro del contrato, resultando evidente de la lectura de las cláusulas, tablas que es incomprensible para cualquier persona no solo con conocimientos superiores a los mínimos en cualquier ramo, sino precisos de conocimientos contables o financieros.

El Acuerdo básico derivado del "contrato Clip" no cumple la normativa MIFID, no se realizó el test de conveniencia ni el test de idoneidad, resultando evidente que aunque no sea aplicable, la normativa debe operar como orientativa, para valorar la diferencia entre las situaciones de ambos contratantes.

Los deberes de información exigibles frente al cliente no profesional, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero ofrecido, van encaminados para que el cliente pueda tomar las decisiones correspondientes con conocimiento de causa, y no verse sorprendido con situaciones, imprevistas para él, y sobre los que no había sido advertido.

No ofrece duda el deber de información normativa que tiene la sociedad demandada, sobre un producto financiero que ofrece al Cliente, con el contenido contractual puesto exclusivamente por ella, como la carga procesal de acreditar que cumplió de una forma efectiva y adecuada con esta obligación respecto del Cliente, lo que no consta que así fuera.

Como declara alguna sentencia (AP Asturias 18 junio 2010), se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce en el cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este tipo de contratos ha visto como tras una fugaz subida de tipos

(con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos..... añadiendo la resolución que no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario". Si bien, en el presente caso, se trata de una sociedad limitada vinculada a otras del mismo ramo, en sus socios no constan unos especiales conocimientos para advertir prima facie, y sin la información adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado.

**QUINTO.-** Por todo lo dicho, hemos de analizar si concurren las condiciones del error invalidante del contrato, a saber "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a celebrarlo, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padezca; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (STS de 26-06-2000). Y la respuesta ha de ser positiva puesto que y sorprende que se firmara el contrato en una sala de espera de una notaria cuando es evidente que ninguna urgencia apremiaba a la demandante, que por mas que se trate de calificar como experta financiera o contable no deja de ser una licenciada en empresariales con una practica profesional ajena a la bancaria, ni consta que se le haya proporcionado al cliente la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba, y de los riesgos concretos que tenía el swap que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de los tipos de interés , como fue el caso, pues no se ha aportado la documentación que manejó y aportó para sustentar la decisión, incluso el anterior empleado comercial del banco manifestó que se le aseguro en caso de liquidaciones negativas la posibilidad de sustitución por otros productos.

Lo que el contrato destaca en negrita como "aviso importante sobre el riesgo de la operación" resulta tan incomprensible como las propias cláusulas y tablas, igualmente desproporcionado en el equilibrio de prestaciones en razón a la naturaleza del producto es que la duración no este vinculada a la de otras operaciones financieras, del cliente, pues el fin en términos coloquiales es garantizar el coste financiero de estas.

Tampoco la entidad bancaria ha acreditado que el nominal de este contrato este en relación con el verdadero endeudamiento de la entidad, por cuanto las pólizas bancarias existentes estaban en su mayoría amortizadas, y el endeudamiento externo mayor lo era con proveedores, no con entidades bacarias.

Y finalmente resulta contrario a toda lógica que la cancelación anticipada del producto tenga un coste de 15.900€,

cuando la operación no ha supuesto ningún riesgo para la entidad bancaria.

Por todo ello debe concluirse el error del consentimiento determinante de la nulidad contractual, operativo al contrato actualmente en vigor.

**SEXTO.-** La consecuencia obligada de la nulidad que aquí se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1303 del código civil). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS de 22 de abril de 2002). Lo que conlleva, en este supuesto la necesidad de la liquidación posterior.

**SEPTIMO.-** Pese a estimar parcialmente la demanda debe condenarse a la demandada al pago de las costas procesales, puesto que aun tratándose de una cuestión compleja, ha sido la practica bancaria la que ha originado la situación.

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

### F A L L O

1.- Que debo **estimar y estimo** la demanda presentada por el Procurador Sr. Calvo Liste, en nombre y representación de .., contra BANESTO, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito el 6 DE JUNIO DE 2008, debiendo restituirse las partes las reciprocas prestaciones (saldos a favor de uno y otro) a determinar en ejecución de sentencia.

2.- Debo condenar a la demandada al pago de las costas procesales.

Dedúzcase testimonio de la presente resolución que se unirá a las actuaciones archivándose el original en el libro correspondiente.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta sentencia cabe recurso de apelación dentro de los cinco días siguientes a su notificación, que se interpondrá ante este órgano judicial.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente 0837 0000 05



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

1593 10, indicando en el campo "concepto", la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,