

SENTENCIA

En Gijón, a 21 de Junio de 2.010.

Vistos por Sergio García García, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Gijón, los autos correspondientes al juicio ordinario Nº [REDACTED], en ejercicio de acción de declaración de nulidad contractual, instados por [REDACTED], representada en juicio por el Procurador Dº [REDACTED] y defendida por Letrado [REDACTED], contra "Banco de Sabadell, S.A.", representado por el Procurador Dº [REDACTED] y asistido técnicamente por el Letrado [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Procurador de los Tribunales, Dº [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED], S.L.", se formuló, en fecha 28 de Diciembre de 2.009, demanda de juicio ordinario contra "Banco de Sabadell, S.A.", en la que ponía de manifiesto la suscripción con el demandado de una línea de crédito por importe de 120.000 euros y de una póliza de descuento para atender los pagarés y letras de los clientes en cuantía de 60.000 euros, así como, a instancia de la entidad de crédito, de un contrato marco de operaciones financieras que incorporaba una permuta de tipos de interés que, en realidad, no había sido ofertada como tal sino como un contrato de seguro que protegiera a la actora de las subidas del euríbor, y que constituía un contrato de adhesión con objeto incierto, tampoco concretado en su contenido en el documento de confirmación, y que provocó, cuando se instó su cancelación a la vista de las liquidaciones negativas practicadas con el consiguiente perjuicio para la actora, y ante la creencia de poder ejercitar dicha facultad en cualquier momento, que dicha petición no fuera atendida por la entidad de crédito; por ello, y ante la existencia de un vicio en el consentimiento prestado por la demandante a la operación, que dimanaría del carácter equívoco de la oferta realizada, de la falta de transparencia del demandado a la hora de informar sobre el producto a contratar y las características del mismo, de la oscuridad de su clausulado, y de la ausencia de una constatación por parte de la entidad de crédito acerca de la idoneidad de la actora para la formalización de tal contrato, suplicaba a este Juzgado que, previa la admisión a trámite de la demanda, se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y sus Anexos y documento de confirmación, de fechas 3 y 4 de Junio de 2.008, condenando a la demandada a la devolución de las cantidades liquidadas por aquélla previa compensación con las que hubieren resultado favorables a la actora como consecuencia del mismo; o subsidiariamente, que se declare la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, condenado a la demandada a la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

resolución del citado contrato, sin cargo alguno para la actora; y todo ello, con expresa imposición de las costas del procedimiento.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, y teniéndose por parte al indicado Procurador en la referida representación, se dio traslado de la misma al demandado, "Banco de Sabadell, S.A.", para contestación, en la que negaba la existencia de un vicio en el consentimiento de la demandante: en primer término, por la prestación de la debida información sobre el producto previa a su contratación, habiendo sido concertado para dar cobertura a la totalidad de los riesgos financieros tanto de la entidad como del socio único de la misma, [REDACTED]; en segundo lugar, por los claros términos del contrato, denominado "de operaciones financieras", sin alusión alguna a un seguro o a los elementos característicos de éstos, tales como la prima o los riesgos objeto de cobertura, tratándose de un documento de regulación de las condiciones de las futuras operaciones financieras que se pactaran entre las partes al amparo del mismo y en el que se establecían de modo claro y comprensible los derechos y obligaciones de las partes y se indicaba igualmente la existencia de riesgos derivados de la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, contrato que, en virtud del documento de confirmación, se concretó en una permuta financiera de tipos de interés, en el que se establecían específicamente los tipos de interés a pagar por el cliente y los supuestos en que éste percibiría abonos con cargo al banco; y por último, por la realización por la actora del test de conveniencia previo a la suscripción del contrato; por todo ello, y tras poner de manifiesto la inexistencia de desequilibrio en las prestaciones de las partes dimanantes del contrato y que la alegación de error en el consentimiento solo se verificó cuando se computaron pérdidas para la actora como consecuencia del mismo, suplicaba la desestimación total de la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.

TERCERO. En fecha 7 de Abril de 2.010, se procedió a la celebración de la Audiencia Previa al juicio, en la que, ante la falta de avenencia de las partes sobre la cuestión objeto del presente litigio, se instó la prosecución del acto, y tras la fijación por las partes de los hechos objeto de controversia, éstas propusieron las pruebas necesarias para su defensa, siendo admitidas las declaradas pertinentes y útiles, señalándose para la celebración del juicio el día 15 de Junio de 2.010.

CUARTO. En el acto del juicio, se practicó la prueba admitida y declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual las partes formularon sus respectivas conclusiones, siendo declarado el juicio visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Acción ejercitada.

Ejercitada en la demanda rectora de este procedimiento una acción de nulidad del contrato marco de operaciones financieras concertado, en fechas 3 y 4 de Junio de 2.008, entre la entidad demandante, "[REDACTED] S.L.", y la entidad de crédito "Banco de Sabadell, S.A.", dicha pretensión se ampara, desde una perspectiva jurídica, en los preceptos del Código Civil reguladores de los vicios del consentimiento, el general contenido en el artículo 1.265 C.C., según el cual "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", así como el específicamente regulador del error,



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

disponiendo el artículo 1.266.1 C.C. 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 hubiesen dado motivo a celebrarlo"; preceptos que han sido desarrollados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de mantener que son tres, por tanto, los requisitos necesarios para su apreciación (S.T.S. de 23-VII-01, 10-II-00, por solo citar algunas de las más representativas):

a) Que sea esencial, porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y especialmente, de la que, de manera primordial y básica, motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste.

b) Que no sea imputable al que lo padece y alega.

c) Que sea excusable, es decir, que no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media, teniendo en cuenta la condición de las personas.

En definitiva, en la conceptualización del error como vicio del consentimiento, se parte de que lo declarado corresponde a lo que internamente quiere el declarante, pero esta resolución interna se ha formado por efecto de una representación que no se corresponde con la realidad, de forma que la ignorancia o una falsa información han inducido al declarante a decidir algo que no es lo que realmente le hubiese interesado.

Es sobre la base de tales elementos sobre la que se sustenta la acción ejercitada por la entidad demandante, alegando, ya desde un punto de vista fáctico, el carácter complejo del contrato y la omisión en el mismo de algunas de sus características esenciales, así como la deficiente información recibida de la entidad en orden a los riesgos que pudiera generar la operación en sí; frente a la cual, por la entidad de crédito se niega de modo radical tal pretendida comercialización defectuosa del producto ofertado y el defecto de información aducido de contrario, alegando esencialmente el perfecto conocimiento de la demandante sobre dicho producto, y el suministro a la misma de la información precisa para la adopción de la decisión sobre la suscripción de la operación con plenitud de conocimiento.

SEGUNDO. Naturaleza del contrato.

Sentados así los términos del debate, el examen de la controversia debe partir del propio análisis del contrato concertado. Y a este respecto, siendo el contrato litigioso un contrato marco (Doc. Nº 5 de la demanda), destinado a regular con carácter general los derechos y obligaciones de las partes en las futuras operaciones financieras a suscribir entre ambas, y hallándose definidos en el mismo diversas tipologías contractuales de modo genérico, es en realidad, como por otro lado admitían ambas partes sin que surgiera discusión sobre dicho particular, en el documento de confirmación suscrito por la entidad actora y el Banco demandado (doc. Nº 6), donde se concreta la específica modalidad financiera concertada, la cual, en el presente caso, a tenor de dicho documento y tal y como pusieron de relieve tanto D^a Ana María Montes Ugidos, Directora de la sucursal donde se verificó la contratación, que compareció a juicio en calidad de testigo, como el perito de la actora, D^o Cristóbal Verdú Nido, viene constituida por una permuta financiera de tipos de interés, que cabe definir como aquel contrato en cuya virtud las partes acuerdan intercambiar, sobre un capital nominal de referencia, los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato principal, bilateral y sinalagmático, en el que las partes quedan obligadas a

intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Y dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de aleatoriedad es también una característica resaltable de tal clase de contratos.

Ello adquiere especial relevancia por cuanto que, con independencia de la posible motivación que pudiera conducir a la suscripción del contrato, a cuyo respecto por D^a Ana María Montes Ugidos se reseñó que la finalidad perseguida por el cliente para la contratación de dicho producto no respondía a un estímulo de índole meramente especulativo, sino que obedecía a su preocupación por el constante incremento de los tipos de interés y su voluntad de contratar un producto que diera cobertura al riesgo financiero general de la empresa y al particular de D^o [REDACTED] como persona física, teniendo por objeto la estabilización de tal riesgo, ello no obstante, tal circunstancia no ha de obstar al hecho de que lo realmente trascendente a los efectos que nos ocupan es que, tal y como puso de relieve el perito de la actora, D^o Cristóbal Verdú Nido, en su dictamen de 18 de Diciembre de 2.009, la vinculación de sus efectos a las alteraciones que pudiera sufrir el tipo de interés tomado como referencia necesariamente conlleva un riesgo de generación de perjuicios para el contratante, que resulta incierto en función del mayor o menor grado de alteración que sufra aquél.

TERCERO. Régimen jurídico del contrato: normativa bancaria.

Delimitado, en el sentido anteriormente expuesto, la tipología del producto a que se contrae el objeto contractual, y entrando ya en el análisis de la concreta acción ejercitada, ya indicados en el Fundamento Jurídico Primero de la presente resolución los requisitos y elementos configuradores de la misma, es cierto que, alegado un vicio del consentimiento, dicha alegación no puede desvincularse de las reglas generales sobre la carga de la prueba prescritas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que, en sus apartados 2º y 3º, establece que "corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda", e "incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior".

Pero, aún siendo ello así, tal distribución de la carga probatoria se ha de coherer con las peculiaridades que dimanar de la singular tipología del modelo contractual concertado y de la protección que a los contratantes de tal tipo de productos le ofrece el ordenamiento jurídico. Y es que, pese a tratarse de un contrato atípico, y a pesar de la ausencia, por tanto, de una específica regulación legal sobre el mismo, ello no obstante, nuestro ordenamiento jurídico no es en absoluto desconocedor de tales productos o contratos, existiendo diferentes cuerpos normativos que, si bien no establecen la regulación de tal modalidad contractual, sí imponen requisitos y pautas de comportamiento para las entidades que procedan a su comercialización.

Tal circunstancia ya se hace patente en el marco de la contratación bancaria, en virtud del especial amparo que los clientes de entidades de crédito ostentan frente a éstas en tal ámbito, de tal modo que en sus relaciones contractuales los clientes puedan obtener la tutela que el principio de transparencia bancaria

impone tanto en la fase pre-contractual como en la propiamente contractual, al tiempo de su formalización. Y en este sentido, ya la Ley 26/88, de 29-VII, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 48.2, y con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, con carácter general sentaba como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, que los correspondientes contratos se formalicen por escrito, debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

CUARTO. Régimen jurídico del contrato: normativa del Mercado de Valores.

Del mismo modo, y siendo éste el extenso ámbito de protección que ya la normativa bancaria otorga, a ello ha de agregarse la incardinación del contrato de referencia en el ámbito de la normativa del Mercado de Valores, y en consecuencia, el deber de probanza que incumbe a la entidad de crédito contratante, tanto respecto a la información sobre los términos del contrato, como con relación a la idoneidad del contratante para su suscripción, tal y como se deduce de la legislación vigente en la materia.

A este respecto, ya el antiguo artículo 2.b) de la Ley 24/88, de 28-VII, de Mercado de Valores, venía a incluir dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encontraban los contratos de permuta financiera de tipos de interés, al señalar que "quedan comprendidos en el ámbito de la presente ley...: b) los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no". Y en similar sentido, la actual redacción del precepto, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 47/07, de 19-XII, determina igualmente la inclusión en el ámbito de aplicación de tal cuerpo legal, en su Apartado 2º, de los "contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo".

Y determinada de este modo la aplicabilidad al contrato de referencia de tal normativa, no puede dejar de mencionarse la explícita exigencia a cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, del cumplimiento de una serie de normas de conducta contenidas en sus artículos 78 y siguientes, entre las que específicamente incluye, en su artículo 79, la de comportarse "con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios"; y en su artículo 79.bis.3, la de proporcionar a "los clientes, incluidos los clientes potenciales, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión..., y sobre los gastos y costes asociados, de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa"; clarificando además, el concepto de "cliente potencial" al considerar como tal a "aquella persona que haya tenido un contacto directo con la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes”.

En desarrollo de las previsiones contenidas en la citada Ley, el Real Decreto 629/93, de 3-V, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, ya vino a disciplinar en su momento un código general de conducta de los mercados de valores, cuyo artículo 5 incluía, como reglas de comportamiento a observar más destacables en relación al aspecto atinente a la información a los clientes, que “las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos” -Apartado 1º-; así como que “la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos” -Apartado 3º-.

Y dicha regulación inicial y primaria se ha visto plenamente ratificada y ampliada por el actual Real Decreto 217/08, de 15-II, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las demás Entidades que prestan Servicios de Inversión, que procedió a derogar el anterior y que viene a establecer prescripciones similares en orden a garantizar la información debida al cliente al tiempo de la contratación de este tipo de productos financieros, y la verificación previa de la idoneidad del cliente para el mismo, siendo especialmente destacables en este punto los siguientes preceptos:

a) Artículo 73. Test de conveniencia: “Las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”.

b) Artículo 74. Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia: “A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar, y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

1.- Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.

2.- La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.

3.- El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

QUINTO. Comercialización del contrato.

Es desde este punto de vista desde el que, a continuación, debe entrarse a valorar y analizar la operativa para la contratación de tal producto financiero, y el cumplimiento durante la misma del pertinente deber de información que incumbía a la entidad de crédito y a sus empleados acerca del producto a contratar. Y en este sentido, no puede sino resaltarse la manifiesta ausencia de prueba en orden, tanto a la averiguación de las características particulares del cliente que



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

permitieran discernir su idoneidad para la contratación del producto, como a la prestación de la necesaria información que debía haber suministrado el demandado a fin de que el cliente, ahora demandante, pudiera haberse formado una correcta representación del producto que se le estaba ofertando, posibilitando así que su toma de decisión fuera enteramente consciente.

Tal incumplimiento de los deberes antes mencionados ya se muestra patente ante la falta de aportación por el demandado de todo tipo de elemento probatorio de naturaleza documental que permitiera acreditar la realización de tal tarea de valoración previa, necesaria para la formalización del contrato; no resultado plausible tratar de justificar dicha circunstancia sin ningún tipo de documento que certificara dicho extremo, y sobre la base de la mera declaración testifical de D^a Ana María Montes Ugidos, que fue la persona que informó personalmente a la demandante sobre las características del producto, que puso de manifiesto el proceso de su comercialización, y cuyo testimonio necesariamente ha de analizarse con la cautela derivada de su relación laboral con la entidad demandada, y relativizarse en su vigor probatorio precisamente por tal circunstancia. Pero es que, además, dicho testimonio, lejos de coadyuvar a sustentar la tesis de la entidad demandada en relación a la correcta y amplia información facilitada, viene a desvirtuar de manera indiciaria tal hipótesis, ante el evidente contraste del contenido de tal declaración con la ya mencionada ausencia de todo tipo de documento acreditativo de la prestación de la debida información.

En este sentido, habiendo resaltado D^a Ana María Montes Ugidos que la presentación y el ofrecimiento del producto financiero se verificó en las propias oficinas de "Banco Sabadell, S.A.", en las diversas reuniones que mantuvo con ~~██~~, como legal representante de ~~██████████ S.L.~~ S.L.", y que la información ofrecida sobre el mismo se extendió a la ficha comercial explicativa existente en relación a aquél, tal afirmación contrasta de modo notorio con el hecho de que por la entidad de crédito demandada no se aportara a las actuaciones tal ficha o cualquier otro folleto de los presuntamente utilizados para la explicación del producto, que permitiera contrastar la extensión de dicha información y si la misma podía ser calificada como suficiente a los efectos de que la actora tomara un conocimiento real del producto ofertado. Y otro tanto cabe mencionar en relación a las alegaciones efectuadas por la mencionada testigo en relación a la expresa información que le prestó respecto de los riesgos de la operación y en relación a su obligación de pagar las liquidaciones en caso de que éstas resultaran negativas, realizando al efecto diversos simulacros de tales liquidaciones, ninguno de los cuales quedó reflejado documentalmente ni se aportó a las actuaciones.

Siendo ello así, todas estas consideraciones deben conducir, analizadas conjuntamente y de modo lógico de acuerdo con las reglas del criterio humano, en los términos en que a la prueba de presunciones se refiere el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la conclusión de la procedencia de calificar de insuficiente la comercialización anteriormente examinada, en orden a la adquisición por el cliente de un perfecto conocimiento del producto contratado y poder conformar una correcta voluntad contractual, configurándose, por ello, como un elemento determinante en acreditación de la existencia del error denunciado.

SIXTO. Contenido del contrato.

Analizada la información pre-contractual suministrada a la entidad demandante, deficiencias similares, y con idénticas consecuencias, habrán de

predicarse en cuanto al contrato en sí, su redacción y clausulado, el cual, por un lado, adolece de imprecisión sobre el modelo contractual finalmente concertado y sobre las condiciones del mismo y las consecuencias que su desarrollo pudiera generar en el cliente, y por otro, omite extremos que no pueden ser calificados como meramente accesorios o secundarios, sino como esenciales a los efectos de conformar una verdadera voluntad contractual.

En este sentido, y frente a las alegaciones del demandado en relación a la aparente claridad expositiva del contrato, ya la propia terminología utilizada, "contrato marco de operaciones financieras", revela el carácter genérico de su denominación y omite la necesaria referencia al objeto real del contrato ulteriormente concertado, de permuta de tipos de interés. Tal circunstancia se hace especialmente relevante en el supuesto que nos ocupa, por cuanto que, constituyendo el contrato marco de operaciones financieras, como se indicaba en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución, y como se reseña en el primer párrafo de su Estipulación Segunda (página nº 4), bajo el epígrafe de "Objeto del contrato", un documento a partir del cual proceder a "la regulación de la relación negocial entre las partes" en las futuras operaciones financieras a suscribir entre ambas, difícilmente puede colegirse de aquél suministro, por sí mismo y de modo aislado, la información precisa para que el cliente pudiera adquirir un conocimiento exacto de los derechos y obligaciones que el mismo pudiera generar y de las consecuencias que pudiera reportar su desarrollo, adaptando su conducta a los riesgos que tales consecuencias pudieran irrogarle.

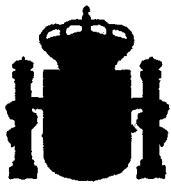
Ahonda en dicha conclusión el hecho de que precisamente en el citado contrato marco, no solo se incardina el tipo contractual a la postre suscrito, sino que en el mismo se incluyen toda una variedad heterogénea de productos financieros de diversa índole, enumerados en la citada Estipulación Segunda (página nº 5), entre los que, solo con relación a operaciones relacionadas con la fluctuación de los tipos de interés, pueden distinguirse tres modalidades distintas: permutas financieras o "SWAPS", con otros tres tipos contractuales distintos dentro del mismo, de tipos de interés -IRS-, de tipos de intereses variables -BASIS SWAPS-, y mixta de divisas y tipos de interés -CROSS-CURRENCY RATE SWAPS-; operaciones de interés a plazo o "FRA"; y operaciones de opciones y futuros en mercados no organizados sobre tipos de interés, incardinados bajo las rúbricas de "CAPS", "COLLARS", y "FLOORS"; diferentes opciones contractuales con una más que evidente similitud nominal que en modo alguno otorgan claridad a la hora de delimitar y conocer la específica modalidad suscrita, y de la que constituyen un nuevo ejemplo los tipos contractuales detallados en el Anexo II, y en concreto, y por lo que aquí interesa, los de permuta financiera de tipos de interés, permuta financiera de tipos de interés día a día, permuta financiera de tipos de interés variables, y permuta financiera de divisas (páginas nº 25 y 26).

Ello adquiere especial trascendencia a los efectos ahora discutidos, atinentes a la posibilidad de que la entidad actora adquiriera un perfecto conocimiento del objeto contractual a que se contraía la operación, ya que, no hallándose definidas tales modalidades contractuales en dicho Apartado, sino únicamente después y también de modo genérico y correlativo para todas ellas en el Anexo II del citado contrato (páginas nº 21 a 27), en cualquier caso en momento alguno se especifica documentalmente y de modo concreto y comprensible cuál de tales modalidades venía a constituir el específico objeto contractual; siendo en este punto especialmente relevante el hecho de que tampoco se haga alusión a la misma en el documento de confirmación de 4 de Junio de 2.008 (Doc. Nº 6 de la demanda), tal y como asimismo admitió D^a Ana María Montes Ugidos al ser interrogada sobre este aspecto en el acto de la vista. Y es que, pese a tener por objeto el citado

documento, tal y como se expone en el primer inciso del mismo, "confirmar los términos y condiciones de la operación acordada", lejos de concretarse la modalidad contractual definitivamente contratada, se limitaba a poner de manifiesto el importe nominal a que habría de contraerse el contrato, los tipos de interés a aplicar a cada una de las partes contratantes, y el periodo de duración del contrato y las fechas de cada una de las liquidaciones dimanantes del mismo, sin detallar en modo alguno que la operación finalmente contratada venía constituida por una permuta de tipos de interés o Interest Rate Swap ("I.R.S.") en terminología estrictamente financiera.

Tal circunstancia, la omisión en el documento de confirmación de la concreta denominación del modelo contractual concertado, que implica además una irregularidad con relación al propio contrato marco, en cuya Estipulación Séptima se establece que "las confirmaciones contendrán los elementos esenciales para cada tipo de operación" (página nº 6), necesariamente ha de determinar, ya de por sí, una manifiesta oscuridad contractual a la hora de poner en conocimiento del cliente los derechos y obligaciones de las partes en la operación concertada, habida cuenta la remisión de tal genérica información al global contrato marco, a sus Anexos y a las diferentes definiciones que en el mismo se contienen a la hora de explicitar el funcionamiento de cada uno de los diferentes contratos incardinados en su seno, no pudiéndose por ello discernir a cual de tales contratos alude la confirmación realizada. Y siendo ello así, no puede pretenderse amparar tal confusión terminológica en el hecho de que la modalidad contractual concertada constituía el modelo contractual básico y primario de todos los enumerados, no siendo por ello necesario la concreta plasmación de su nombre en el posterior documento de confirmación; argumento suficiente, quizá, para personas habituadas a operar en mercados financieros, más no para sujetos carentes de la experiencia o conocimientos necesarios en dicho ámbito, como ocurría con D^o ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, tal y como ha de deducirse de los indicios que sobre este particular se expondrán a continuación.

Ello sentado, y no pudiendo estimarse debidamente informada la actora sobre el concreto contenido contractual, difícilmente puede asimismo sostenerse la adquisición por el cliente de una específica conciencia de los riesgos que el mismo se hallaba asumiendo al tiempo de proceder a la formalización del contrato; sin que dicha oscuridad pueda ser subsanada por la dicción de la Estipulación 16^a.6 del contrato (página nº 12), en relación a la asunción recíproca por cada una de las partes de los riesgos de la operación, reiterada ulteriormente en la Estipulación 15^a del Anexo I (página nº 16), ya que un somero examen de sus respectivos tenores literales permite advertir, la ausencia de todo tipo de explicación sobre cuáles hubieren de ser tales riesgos en el primer caso, y la utilización de términos tan genéricos en el segundo que imposibilitan su correcta comprensión. Así ocurre, por ejemplo, con la mera referencia a "los riesgos de volatilidad inherente a la celebración de operaciones", pudiendo éste variar "como consecuencia de las variaciones de tipos de interés, tipos de cambio y otros parámetros relevantes de los mercados financieros". Y así sucede también con lo expuesto en el posterior documento de confirmación, en cuya página nº 3, si bien se definen de una manera más concreta las consecuencias y entidad de tales riesgos, llegando a aludir a una posible pérdida total o parcial de la inversión, tampoco se explican ni detallan en que pudieran éstos consistir los mismos, aludiéndose nuevamente a ellos sin concreción alguna, con expresiones tales como los derivados de "la fluctuación de los factores de riesgo de los que depende el valor de la inversión", para referirse al riesgo de volatilidad, y a los



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

derivados de "las variaciones en los tipos de interés de mercado que afectan al rendimiento de las inversiones", para aludir al riesgo de tipo de interés.

Por último, a la ausencia de la claridad expositiva necesaria que la normativa del Mercado de Valores impone a este tipo de contratos, y a la insuficiente información que del mismo se desprende sobre la etiología de los riesgos que comportaba para el cliente, a ello ha de agregarse necesariamente la omisión de toda referencia a las reglas de cálculo de las sucesivas liquidaciones trimestrales y de las consecuencias del vencimiento anticipado del contrato, respecto de las que nada se incorporaba al contrato.

A este respecto, y a pesar de las afirmaciones vertidas por D^a Ana María Montes Ugidos en el acto del juicio, no cabe duda de la ausencia de tales reglas de cálculo en el documento de confirmación contractual. En este punto, resultó especialmente relevante el dictamen pericial elaborado por D^o Cristóbal Verdú Nido, ya que procedía a detallar las reglas de cálculo tanto con relación a las liquidaciones trimestrales como con respecto al supuesto de vencimiento anticipado, y revelaba la omisión de las mismas del contrato de referencia. Tal omisión resulta total en cuanto a la contingencia de cancelación anticipada, pero también con relación a las liquidaciones trimestrales, respecto de las cuales únicamente se hacían constar los tipos de interés a aplicar en la permuta, estableciéndose de modo expreso una previsión solo para el tipo de interés fijo atinente al cliente, mas no con relación, tal y como puso de relieve el mencionado perito, al índice de referencia al que habría de someterse y en virtud del cual habría de fijarse el tipo de interés variable aplicable a la entidad de crédito demandada; todo lo cual contrasta notablemente, por otro lado, con la expresa mención en el Anexo II del contrato marco de las fórmulas en base a las cuales habrían de determinarse las cantidades a pagar resultantes de las respectivas liquidaciones en otros tipos de productos financieros asimismo encuadrados en su seno, como ocurre en los casos de los contratos "CAP", "FLOOR" o "FRA" (páginas nº 20 y 21), e incluso en algún tipo de permuta financiera como la de tipos de interés día a día (páginas Nº 25 y 26).

Y habiendo quedado constatada, en virtud de lo expuesto, la ausencia de tales reglas de cálculo en el contrato, frente a ello nuevamente han de considerarse insuficientes las explicaciones vertidas por D^a Ana María Montes Ugidos en relación al hecho de que la modalidad contractual concertada era la de más simple funcionamiento de todas las incluidas en el contrato marco, y a la circunstancia de la subsanación de tal omisión mediante la mera información presencial que sobre este particular ofreció al cliente, realizando conjuntamente diversos simulacros de liquidaciones para que pudiera comprender la operatividad del contrato; máxime cuando existían parámetros de cálculo que podían haber sido suministrados al cliente en la fase pre-contractual para un mejor estudio y conocimiento de los riesgos a asumir.

Siendo ello así, tanto una como otra circunstancia, la falta de precisión sobre determinados aspectos del contrato, por un lado, y la completa omisión de otros elementos, por otro, ponen de manifiesto nuevamente una notoria insuficiencia en cuanto a la debida información que, sobre las consecuencias y obligaciones que podían derivarse de la suscripción, habría de desprenderse del contrato, y habría de ser suministrada, por tanto, también en la propia fase contractual; no pudiendo estimarse correctamente formada la voluntad contractual cuando se omiten o no se precisan elementos del contrato, que impiden obtener una conciencia real de la entidad del riesgo que se puede llegar a asumir al contratar.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

SÉPTIMO. Alegaciones de "Banco de Sabadell, S.A." sobre la inexistencia de error.

Frente a todo ello, y en apoyo de la afirmación de la entidad de crédito demandada tendente a la inexistencia de error y al conocimiento por la actora de la operación y de sus riesgos, por "Banco de Sabadell, S.A." se formulaban dos alegaciones de diferente naturaleza, ninguna de las cuales puede ser admitida.

En primer lugar, a tal fin se aportaban los resultados del test de conveniencia que, en cumplimiento de la normativa "MIFID", y en concreto, de los preceptos anteriormente mencionados, se le efectuó al cliente con carácter previo a la suscripción del producto financiero (Doc. Nº 1 de la contestación). Sin embargo, resulta evidente que dicho test no puede interpretarse desde el punto de vista del cumplimiento meramente formal de la reseñada normativa, estimándose subsanado el requisito legal con su simple relleno, sino que, antes al contrario, debe implicar una valoración y ponderación del cliente en relación a su idoneidad para la contratación del producto que, en el presente caso, en modo alguno ha quedado demostrado que se efectuara.

En este punto, y aun debiendo compartirse las alegaciones del Letrado del demandado en fase de conclusiones, en relación a la inaplicabilidad al supuesto que nos ocupa del test de idoneidad a que se refiere el artículo 72 del Real Decreto 217/08, de 15-II, al no incorporar el presente contrato una específica función de asesoramiento o gestión de cartera por parte de la entidad de crédito, en cualquier caso sí resulta necesario recordar, dada su especial incidencia sobre el supuesto sometido a enjuiciamiento, el contenido del inciso final del artículo 73 antes transcrito parcialmente, que dispone expresamente que "la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional"; y ello, por cuanto que, "a contrario sensu", necesariamente ha de implicar el surgimiento de un específico deber u obligación a cargo de la entidad de crédito de recabar la información necesaria sobre las características, conocimientos y experiencia de sus clientes calificados como "minoristas", como ocurre con la demandante, a efectos de ofertarles productos del tipo del que ahora nos ocupa.

Y siendo ello así, y a la vista de los resultados obtenidos en el test de conveniencia practicado a Dº ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, ciertamente resulta difícil imaginar unos resultados más desfavorables a la contratación del producto y tendentes a desaconsejar su suscripción. Así, el legal representante de la actora puso de relieve la total falta de contratación de productos similares en el último año -cuestión primera-, su nula experiencia en operativas relacionadas con los mercados de activos financieros -cuestión cuarta-, su mínima inversión en este tipo de productos -cuestión tercera, contestada en el epígrafe "hasta 25.000 euros", pero que debe interpretarse también como inexistente, a la vista de la primera de sus respuestas-, y solo un conocimiento medio de los riesgos asociados a esta familia de productos -cuestión segunda-, pese a todo lo cual el resultado de dicho test le habilitaba para la suscripción del producto, calificándolo como "conveniente".

De este modo, resulta cuando menos insólito el resultado final de test, lo que, en unión con el hecho del carácter normalizado del mismo y de su falta de profundidad en orden a indagar en los reales conocimientos del cliente para verificar la conveniencia del producto ofertado, limitándose a las aisladas preguntas anteriormente transcritas, constituyen todas ellas circunstancias que contribuyen a la tesis tendente a considerar como un mero trámite y sin análisis

real alguno, la confección y el relleno del test de conveniencia exigido legalmente.

Y si bien resulta evidente que un resultado negativo de tal test (o incluso positivo, si bien con las importantes dudas que habría de suscitar el contenido real de las contestaciones, analizadas individualmente, como ocurre en el presente caso), no ha de obstar a la suscripción del producto en caso de así requerirlo el interesado, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad contractual que se recoge en el artículo 1.255 C.C. cuando dispone que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público", en cualquier caso, sin duda lo que tales resultados imponen a la entidad de crédito ofertante del producto financiero es, en una correcta interpretación de las prescripciones contenidas en el artículo 73 i.f. del Real Decreto 217/08, de 15-II, una obligación de reforzar y extremar el deber de información al cliente sobre el contenido y riesgos del producto ofrecido; respecto de lo cual, como ya se expuso previamente, existe una palmaria y notoria insuficiencia probatoria que debe decaer en perjuicio de la entidad de crédito demandada.

En segundo término, también por parte de ésta se alegaba, como fundamento de la inexistencia del error denunciado, el hecho de que las quejas y peticiones de cancelación del producto solo se hubieran verificado tras las primeras liquidaciones negativas practicadas, admitiéndose por la actora la operatividad del contrato mientras le ofrecía un resultado favorable. Sin embargo, tal alegación tampoco puede ser acogida.

A este respecto, debe señalarse que el hecho de que las primeras liquidaciones tuvieran carácter positivo o negativo en nada obsta en sí al posible padecimiento de un previo error a la hora de perfeccionarse el contrato mediante la prestación de un consentimiento contractual viciado. Y si bien es cierta la falta de protesta por parte de la demandante durante las dos primeras liquidaciones verificadas, también lo es que tales liquidaciones positivas son ciertamente de mínima entidad, ascendiendo ambas, de fechas 30 de Septiembre y 31 de Diciembre de 2.008, a 184 euros (Doc. Nº 7 de la demanda); debiendo recordarse que es precisamente la creencia en la contratación de un tipo de seguro que contrarrestara la eventuales subidas de los tipos de interés lo que anidaba en el ánimo del contratante, por lo que no resulta descabellado concluir que tales liquidaciones, positivas pero de mínima entidad, se representarían como efectos dimanantes de tal contrato creído concertar y no ofrecieran respuesta por parte de la entidad actora.

Y junto a ello, asimismo resultan relevantes los actos posteriores a la recepción de las liquidaciones negativas, ya que, constituyendo aquéllos un criterio hermenéutico de vital importancia en aras de valorar la voluntad contractual de las partes, tal y como señala el artículo 1.282 C.C. cuando dispone que "para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato", la conexión e inmediatez temporal entre la primera de tales liquidaciones, fechada el día 31 de Marzo de 2.009, y la reacción del cliente poniendo de manifiesto sus quejas a la entidad de crédito contratante, sin esperar un tiempo prudencial para analizar cómo respondía el producto y si las ganancias volvían a recuperarse (como se revela indiciariamente de las propias alegaciones del demandado en relación a la modificación de las condiciones del resto de productos contratados por la actora, que se verificaron precisamente a partir del mes de Marzo de 2.009 -Doc. Nº 3, 4 y 5 de la contestación, en relación a la póliza de crédito y el préstamo hipotecario-), no pueden sino interpretarse, en unión de todos los argumentos previamente

expuestos, como un nuevo indicio revelador del desconocimiento de los reales efectos y consecuencias del contrato concertado.

OCTAVO. Excusabilidad del error.

De conformidad con la doctrina anteriormente expuesta, y debiendo predicarse necesariamente el carácter esencial, tanto de la deficiente información suministrada por la entidad de crédito sobre el producto a contratar, como de la terminología expositiva que el propio contrato utiliza para su comprensión, al ser ambos fundamentales a la hora de ponderar la bonanza de la inversión y los hipotéticos riesgos que con la misma el demandante se hallaría dispuesto a asumir, debe procederse a continuación a examinar el posible carácter excusable o inexcusable del error en que, en cualquier caso, habría incurrido **[REDACTED]** **[REDACTED]**, en cuanto legal representante de "**[REDACTED]** que **[REDACTED]**." y contratante directo del producto en nombre de la referida entidad.

Y a este respecto, debe resaltarse que, si bien es cierto que el concepto de "error" ha de venir en todo caso matizado por el de la "excusabilidad", es decir, su inevitabilidad mediante el empleo de una diligencia media o normal, lo que tiene como función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, no lo es menos que, poniendo tales consideraciones en relación con el caso concreto objeto de enjuiciamiento, necesariamente ha de descartarse la pretendida inexcusabilidad de tal error a la vista de los indicios obtenidos de la prueba practicada.

En efecto, procediéndose por el Tribunal Supremo a clarificar el concepto de "excusabilidad del error", ya en su sentencia de 4 de Enero de 1.982, al determinar que "la diligencia ha de apreciarse de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante", asimismo concreta su significado la sentencia de 23 de Julio de 2.001, que señala que "no ha de merecer tal calificativo la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que ha de conllevar a que cada una de ellas deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulte fácilmente accesible"; debiendo valorarse, por ello, la posible contribución de la otra parte a su originación. Y desde este punto de vista, la omisión de la debida información por parte de la entidad de crédito a lo largo de los tratos y negociaciones pre-contractuales que condujeron finalmente a la contratación del producto financiero, en los términos expuestos en los Fundamentos Jurídicos precedentes, constituye ya de por sí un indicio lo suficientemente vigoroso en orden a justificar, no solo la existencia del error denunciado, sino también y muy especialmente la excusabilidad del mismo, habida cuenta la facilidad y disponibilidad por parte de la entidad de crédito para aportar, por un lado, los elementos de juicio necesarios para una mejor comprensión de los términos del contrato, y por otro, los datos precisos no incorporados a aquél, tales como las precisas fórmulas de cómputo de las liquidaciones trimestrales a efectuar y de las consecuencias de un posible vencimiento anticipado, que, pese a ello, ni fueron incorporadas al documento contractual ni consta que fueran puestas en conocimiento de la actora.

Y todo ello ha de ponerse necesariamente en relación con otras dos circunstancias: por un lado, el notorio desconocimiento que de productos u operaciones de este tipo tenían los gestores de la entidad actora, tal y como refleja el test de conveniencia analizado en el Fundamento Jurídico precedente,

revelador de la escasa o nula cualificación ostentada por [REDACTED] acerca de productos financieros como el finalmente contratado; y en segundo término, las propias características de la empresa actora, con solo dos o tres trabajadores asalariados y un volumen de negocio de aproximadamente 600.000 euros, como reflejan sus Cuentas Anuales del ejercicio 2.007 (Doc. Nº 2 de la demanda), llegando a ser calificada incluso como minorista por la propia entidad de crédito en el documento de confirmación de 4 de Junio de 2.008 (Doc. Nº 6); circunstancias ambas que se compaginan mal con la contratación de este tipo de productos financieros, corroborando, en cierto modo, las manifestaciones del perito de la actora en el sentido de que los mismos anteriormente solo eran objeto de comercialización a grandes entidades, ya que su funcionamiento, en base a las oscilaciones al alza o a la baja de tipos de interés futuros y a las compensaciones recíprocas de unos y otros, que puede resultar lógico en la propia dinámica de este tipo de contratos, tal y como se puso de manifiesto en el Fundamento Jurídico Segundo al abordar su naturaleza, precisamente por ello confieren a la operación un mayor grado de complejidad e incertidumbre sobre sus consecuencias, de difícil comprensión para personas de una formación media y carentes de específicos conocimientos técnicos en materia financiera.

NOVENO. Resolución sobre las pretensiones.

Por todo ello, no puede sino concluirse que, concurriendo en el presente caso un error en la prestación del consentimiento por parte del legal representante de la entidad [REDACTED], al tiempo de formalizar el contrato marco de operaciones financieras y su documento de confirmación, de fechas 3 y 4 de Junio de 2.008, que debe ser calificado de sustancial y excusable, en función de las circunstancias concurrentes y a tenor de las consideraciones anteriormente expuestas, y que impidió la formación de una verdadera voluntad sobre lo que constituía el objeto del contrato, debe procederse a declarar, de conformidad con el artículo 1.300 C.C., la nulidad del contrato, con la consecuencia de la "recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato" que para tal declaración prevé el artículo 1.303 del referido cuerpo legal, y que, en el presente caso, se habrá de traducir en la ineficacia de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato y como consecuencia del mismo, en la restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato.

DÉCIMO. Costas.

De conformidad con el artículo 394 L.E.C., procede imponer a la entidad demandada las costas del procedimiento, al haber sido íntegramente estimadas las pretensiones de la demandante.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

La estimación de la demanda formulada por Dº [REDACTED], Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de "[REDACTED] S.L.", frente a "Banco de Sabadell, S.A.", declarando la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y su documento de confirmación, de



de fechas 3 y 4 de Junio de 2.008; debiendo procederse a la total anulación de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato y como consecuencia del mismo, a la restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato.

Asimismo, condeno a "Banco de Sabadell, S.A." al pago de las costas de este procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, a preparar ante este Juzgado en el plazo de cinco días desde su notificación; debiendo constituir previamente a la preparación del recurso un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado.

Así lo dispongo, Sergio García García, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Gijón.

