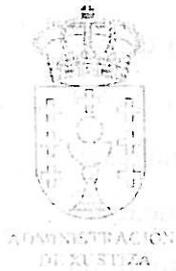




# JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 NEGREIRA

SENTENCIA: 00101/2010

JUICIO ORDINARIO 343/09



## SENTENCIA

En Negreira, a 28 de junio de 2010.

**Demandante:** D. ROBERTO NÚÑEZ PRIETO

Procurador: D. Fernando González-Concheiro Álvarez

Letrado: D. Carlos González-Concheiro Álvarez

**Demandado:** BANCO DE GALICIA S. A. (BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A.)

Procuradora: D<sup>a</sup> María Begoña Caamaño Castiñeira

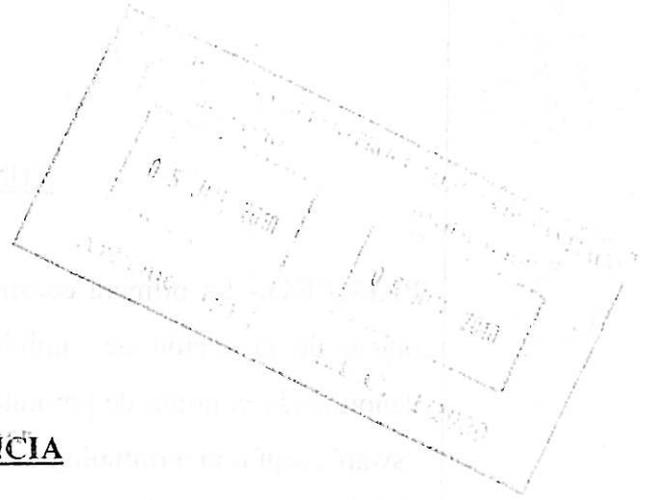
Letrada: D<sup>a</sup> Sagrario Cadenas Ruiz

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 10 de junio de 2009, el actor interpuso ante este juzgado demanda en ejercicio de acción de nulidad contractual. Solicita que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre las partes del día 30 de abril de 2007, y, subsidiariamente, que se declare el derecho del demandante a desistir del contrato sin abonar cantidad alguna a la demandada.

**SEGUNDO.-** En fecha 5 de noviembre de 2009, la entidad demandada contestó en términos de oposición, alegando el total conocimiento del contrato por el actor y la inexistencia de vicio alguno del consentimiento.

**TERCERO.-** Celebrada la audiencia previa al juicio, el día señalado para la vista se practicó el interrogatorio de las partes, además de prueba testifical y documental.





## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** La primera cuestión que debemos examinar es la del tipo de contrato que es objeto de la acción de nulidad. No es discutido que lo suscrito por las partes fue el denominado contrato de permuta financiera, en su variedad de permuta de tipos de interés, o "swap", según la terminología del derecho anglosajón, de donde tiene origen, y que puede ser definido como aquél en cuya virtud las partes contratantes 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.

Se trata de un contrato atípico, del cual la doctrina y la jurisprudencia han venido destacando, como características principales, la de ser un negocio jurídico principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, 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.

Los contratos swap no están regulados en norma alguna, y no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino tampoco en ordenamientos de nuestro entorno; ni siquiera en el anglosajón, en cuyo ámbito nace esta figura contractual. No obstante, y al amparo las reglas de libertad contractual, nada impide que se admitido en nuestro derecho, siempre que su clausulado respete los principios y normas generales de la contratación.

En términos generales puede afirmarse que las dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos.

Atendiendo a sus reglas de funcionamiento, la jurisprudencia menor ha venido reconociendo como una de las notas definitorias de esta tipología contractual, la naturaleza aleatoria y altamente especulativa que como arriba se expone. es igualmente significada en el ámbito doctrinal. En esta idea ha de citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 18/06/09, la cual establece que *"la finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se*



*intercambian, hecho destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de interés, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder". También, con la misma línea de argumento, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de enero de 2010 (Sección 5ª ) que recuerda que "en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente".*

Ya para concluir con este orden de cosas destacar que la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores ha catalogado estos productos como de alto riesgo, eso es, para un perfil de clientes altamente especulativo y que está especialmente dirigido a empresas con necesidades de cobertura de divisas y tipos de interés por asuntos de exportaciones e importaciones, difícil de explicar y comprender para un usuario habitual.

**SEGUNDO.-** Se interesa por el demandante, con carácter principal, que se declare la nulidad del contrato suscrito con la entidad bancaria demandada, de fecha 30 de abril de 2007, unido como documento 2 de la demanda, basándose, para ello, en la existencia de un error en el consentimiento, por la falta de información prestada por la entidad bancaria y por la oscuridad del contrato a la hora de establecer las consecuencias de la cancelación anticipada del contrato de permuta financiera.

A la luz de las alegaciones del actor, se hace imprescindible hacer referencia a las exigencias normativas impuestas a las entidades bancarias, a la hora de proporcionar información a sus clientes sobre los productos que contratan.

Es evidente que el Sr. Núñez se perfila frente a la entidad bancaria como la parte débil de la contratación, ostentando la condición de consumidor, y siéndole plenamente aplicable las disposiciones de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente derogada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, pero aplicable al contrato de autos), y de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales para la Contratación.

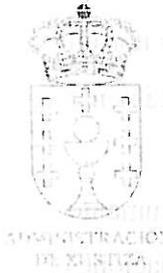
Además de estas consideraciones genéricas, no podemos obviar que los contratos de permuta financiera se consideran productos financieros complejos, difíciles de entender para



la mayoría de la gente, y por ello la normativa del mercado de valores (en cuyo ámbito se encuadran los contratos del tipo del examinado) presta una especial atención a la información que ha de ser dispensada a la hora de contratar los mismos. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y, así, el art. 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva (anterior a la Ley de 2007, pues la contratación objeto de litis fue anterior a ella), establecía, como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.). El R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar, como reglas de comportamiento a observar más destacables, en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

De esta manera, es lógico que el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta, se considere como una información trascendente a efectos de una eventual contratación.

En relación con lo expuesto, y de especial relevancia para el caso que nos ocupa, es la cuestión de la carga probatoria, sobre esa especial diligencia exigida a la entidad bancaria, sobre el correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros. Tal carga probatoria debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico, por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo, como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 26-4-2006).

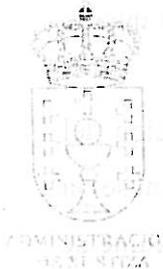


**TERCERO.-** Partiendo de todo lo anterior, y centrándonos ahora en el caso objeto de enjuiciamiento, destacaremos, en primer lugar, que el director de la sucursal de Negreira del Banco de Galicia (ahora absorbido por el Banco Popular), Sr. Liñares, ha reconocido que fue él quien se puso en contacto con el demandante para ofrecerle el producto en cuestión. Del mismo modo, el testigo, Sr. Román, interventor de la misma sucursal, ha admitido que se ofreció este tipo de contratos, en general, a los clientes del Banco en aquella época.

En cuanto a la información precontractual y el concreto modo de formalización del producto, es reseñable que el propio Sr. Liñares ha admitido que la información se la proporcionó de palabra al cliente, sin que existiese un “folleto informativo”, y niega que se hiciese al Sr. Núñez una simulación de estudio de las posibles situaciones que pudieran producirse, de subida o bajada de los tipos de interés. Afirma, sin embargo, que el actor dispuso del concreto texto del contrato, pudiéndoselo llevar a su domicilio, aunque aquel lo niega.

El actor ha afirmado, de forma reiterada en su interrogatorio, que, por parte del Banco, se le habló en todo momento de que lo que contrataba era un seguro, y que nadie le indicó que podía tener consecuencias negativas. En cuanto a este concreto punto, sí es de destacar que la tercera de las cláusulas particulares del contrato hace referencia expresa a que el cliente puede tener que pagar una cantidad, bien en la liquidación periódica, bien el momento de cancelación. Sin embargo, tanto el director como el interventor, en varias ocasiones en su intervención durante la vista, si bien niegan que se indicase al Sr. Núñez que se trataba de un contrato de seguro, sí que reconocen que le dijeron a aquel que, con el producto se “*aseguraba*” un tipo de interés fijo. Es significativo que uno y otro usen la misma expresión de forma literal. Y es fácilmente comprensible que la misma pueda inducir a confusión. Por otro lado, los mismos intervinientes, director e interventor, aluden de forma coincidente, a que se le dijo al cliente que el producto no tenía comisiones, primas o gastos, expresión que, en el contexto de la contienda, también parece relevante, en relación a las posibles expectativas que se le podían crear a D. Roberto Núñez.

Todo ello nos conduce a lo que se revela como la cuestión fundamental a examinar en el pleito, al menos a juicio de esta juzgadora, que es la de la previsión de cancelación anticipada. La cuarta de las cláusulas generales, al final de su redacción, después de indicar que el cliente tiene la posibilidad de desistir del contrato, comunicándolo al Banco con, al menos, quince días de antelación, se limita a señalar que “*En estos casos el Banco procederá a repercutir al Cliente el importe que resulte de los cálculos que se tengan que efectuar para llevar a cabo la cancelación anticipada*”.



Se trata de una fórmula totalmente abierta, imprecisa e indeterminada, que no permite al contratante, aunque tuviera los conocimientos necesarios, determinar el concreto importe de la cancelación. Es más, parece que tal operación resulta de suma dificultad: ni el director ni el interventor han sido capaces de exponer la misma en el acto de la vista, ni siquiera de forma aproximada, y se limitan a señalar que las cantidades de la liquidación les viene dadas por un departamento interno, derivadas de operaciones matemáticas que desconocen. Malamente pudieron explicárselas al cliente.

No es cierta la afirmación de que tales fórmulas estén consignadas en el documento contractual. Sólo se incluyen en el texto las aplicables para el cálculo de las liquidaciones periódicas (segunda cláusula general) y éstas no son las mismas que para el cálculo de la liquidación por cancelación anticipada: basta comparar aquellas con las consignadas en el hecho sexto de la contestación a la demanda. En este escrito se proporciona una información que bien podía incluirse en el propio documento del contrato. No se hizo así, y el resultado final es el total desconocimiento para el cliente de la forma de calcularse aquella indemnización.

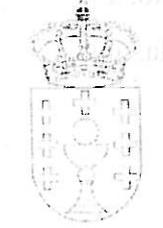
A ello debe añadirse que la cantidad indicada por el Banco como coste de cancelación, de 6.255,01 euros (documento 5 de la demanda) es notoriamente superior a las cantidades que el Banco estaba liquidando a favor del cliente hasta ese momento. Y todo lo indicado sobre la cancelación, y la falta de previsión para el cliente, deben relacionarse con aquellas expresiones utilizadas por los empleados de la entidad bancaria, de que el producto ofrecido no tenía gastos, primas o comisiones.

**CUARTO.-** En conclusión, la falta de una información correcta y adecuada al demandante, sobre las características del contrato de permuta financiera de tipos de interés, que la entidad bancaria estaba obligada a proporcionarle, hizo que cuando el actor prestó su consentimiento para la celebración del contrato, lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba, sin conocer las implicaciones del producto que contrataba y del verdadero riesgo que asumía, especialmente en cuanto a los efectos de la cancelación anticipada, incurriendo, por tanto, en un error sobre una condición esencial de lo pactado, con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

No obstante, para que sea invalidante, el error ha de ser excusable, esto es, no imputable a quién 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, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por



ADMINISTRACION  
DE JUSTITIA



ADMINISTRACION  
DE JUSTITIA

su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

Para determinar si el error es o no excusable, debe tenerse en cuenta el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes. Por un lado la demandada, como comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero, y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro el demandante, un particular, que no consta que cuente con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que presenta un producto financiero de alto riesgo, y sin que se haya probado de forma fehaciente que el Sr. Núñez consultó a un abogado o asesor financiero con la cualificación indicada.

En definitiva, se aprecia la existencia de un error excusable, de tal forma que, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el artículo 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula, de manera que el demandante no devenga en acreedor ni deudor de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

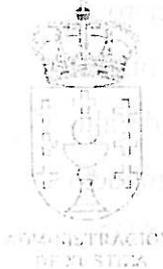
Por último, sólo resta indicar que tal declaración de nulidad es un efecto necesario y preceptivo de la propia ineficacia del negocio jurídico, y no algo que pueda elegirse como consecuencia de lo sucedido, a fin de procurar la satisfacción moral del actor, como ha parecido insinuarse en fase de conclusiones.

**QUINTO.-** El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

Siendo la sentencia estimatoria de las pretensiones deducidas en el proceso, corresponde imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLO**



Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda interpuesta por D. ROBERTO NÚÑEZ PRIETO contra BANCO DE GALICIA S. A. (BANCO POPULAR ESPAÑOL, S. A.) y, en consecuencia, declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre las partes el día 30 de abril de 2007, debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula, con imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial que deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de 5 días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella. Para la interposición de dicho recurso, habrá de acreditarse, en el momento de prepararse el mismo, la consignación de un depósito de 50 euros en la cuenta 6117 1563 0000 02 0343 09, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso.

Así lo acuerdo, mando y firmo, RAQUEL FERNÁNDEZ REY, Juez del Juzgado de Primera Instancia Único de Negreira.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha, doy fe.