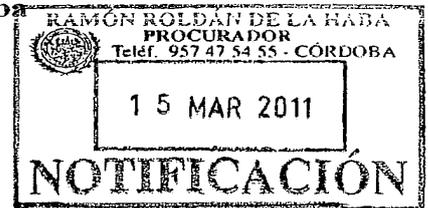




Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Córdoba

SENTENCIA Nº 67/11

En Córdoba a 9 de marzo de 2011



Doña Lorena Cañete Rodríguez-Sedano, Magistrada -Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Córdoba, ha visto los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos en este juzgado bajo el nº 797/09 y promovidos por la entidad mercantil

y representados por el Procurador Sr. Ramón Roldán de la Haba y defendidos por el Letrado Sr. José Rebollo Puig, contra el Banco Español de Crédito, representado por la Procuradora Sra. Amalia Guerrero Molina y defendido por el Letrado Sr. José Antonio Jiménez Gutiérrez, sobre nulidad contractual y en atención a los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO – Con fecha de 22 de abril de 2009, por el Procurador Sr. Ramón Roldán de la Haba en la representación que ostenta, se interpone demanda de Juicio Ordinario, contra la demandada antes citada, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que, estimó de aplicación terminó solicitando que se dictase Sentencia de conformidad con el suplico de la misma.

SEGUNDO – Mediante Auto, se admite a trámite la demanda, y se acuerda el emplazamiento de la parte de demandada.

TERCERO – La demandada, presenta escrito oponiéndose a la demanda por lo que se convoca a las partes a la audiencia previa. En el acto de la audiencia previa las partes se ratifican en sus respectivas pretensiones y solicitan el recibimiento del pleito a prueba. Recibido el pleito a prueba, cada parte propone y tras su admisión se señala día y hora para la celebración del acto de

ES COPIA



juicio. En el acto de juicio y tras la practica de la prueba propuesta y admitida, y conclusiones de las partes, quedaron las actuaciones sobre la mesa del proveyente para resolver.

CUARTO – En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO – El actor fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos: En septiembre de 2008, Director de una sucursal de Banesto en la localidad de Córdoba, con el que se tenía relación de confianza pues con el se concertaban los productos de banca tradicional, acudió a las instalaciones de la entidad actora para ofrecerle un producto denominado IRS cancelable, que se presentó como un seguro de cobertura de tipos de interés que cubría la subida del euríbor. Ante la insistencia del oferente se acordó la suscripción del mismo dada la relación de confianza aludida, y la posibilidad de cancelación sin coste alguno durante el primer año, según se le informo. En fecha de 1 de octubre de 2008, D. José Manuel junto con el Subdirector de la sucursal, Sr. Lavirgen, se volvieron a presentar en las instalaciones para proceder a la firma no de un contrato sino de dos. Uno a nombre de la mercantil actora y el segundo a nombre de los progenitores del administrador de dicha mercantil y también demandantes. D. los cuales nunca habían sido clientes de Banesto. Ante la insistencia del oferente, y previa consulta telefónica, el Sr. decidió firmar ambos contratos, teniendo en cuenta que el Sr. Marín argumentos la necesidad de firmar ambos contratos además de no existir inconveniente alguno en que firmase en lugar de sus padres, que se encontraban a la fecha fuera de Córdoba, dado que la operación no tenía riesgo alguno y que se podía cancelar sin coste. Días después y tras leer en la prensa que no era necesario disponer de un seguro para cubrir eventuales subida, llamó por teléfono al Sr. Marín para cancelar los contratos, quien le comunicó el coste de cancelación, 15.000 euros para cada uno de los contratos, además de reconocerle que no le había suministrado toda la información sobre el producto, pese a lo cual, también le expreso que no estaba facultad para hacer nada respecto de los contratos suscritos. Tras lo cual solicitó información a los responsables de Banesto sin obtener respuesta.



En fecha de 5 de enero de 2009 recibe en la cuenta de la mercantil actora un abono por la cantidad de 902,13 euros, por lo que solicitó información sobre dicho apunte, tras lo que se le informo que era la liquidación positiva del contrato firmado por su empresa y asimismo se le comunico que la liquidación correspondiente al otro contrato había sido abonada en la cuenta aperturada a nombre de sus padre. Dicha irregularidad se puso de manifiesto por el Sr.

recibiendo como respuesta un nuevo apunte por valor de 1082.56 a su favor y en su cuenta. De lo expuesto se concluye que tanto el ofrecimiento del producto como en la firma de los contratos se produjeron una serie de irregularidades y omisiones por parte de Banesto que indujeron a error en cuanto al producto que se contrataba y sus características, error que habría determinar la nulidad de los contratos.

Frente a tales pedimentos , la demandada, se opone a la demanda, sustancialmente alegando que respecto de los demandantes, personas físicas, el contrato fue resuelto de común acuerdo por las partes , procediéndose a la cancelación de dicho contrato como lo acredita el documento nº 1 de los unidos a la contestación a la demanda, por lo que no cabe objeto de reclamación. Por lo que se refiere a la persona jurídica, es una entidad mercantil, con administrador conocedor de este tipo de productos y asesorado por un experto financiero, que conocía lo que firmaba y quería suscribir el contrato al que dio su consentimiento. Lo que ocurre es que de forma torticera al no ganar dinero pretende rescindirlo.

SEGUNDO –.La parte actora solicita la nulidad de dos contratos celebrados con la entidad bancaria demandada y que se aportan como documento nº 3 y 4 de la demanda. Siendo dos los contratos cuya nulidad se solicita, primero se analizará el concertado entre la entidad mercantil actora y la demandada y en segundo lugar el concertado por las personas físicas con la entidad bancaria, si bien antes, se hace necesario fijar, someramente, la naturaleza del contrato suscrito, pues es fundamental concretarla para analizar los motivos de nulidad que plantea la actora. Las partes han pactado intercambiar (swap significa en inglés cambio, canje o cambalache) tipos de interés, especulando con que superarán o no ciertos límites máximos o mínimos, a partir de los cuales quedan obligadas a reintegrar a la otra, por el tiempo que hayan pactado.

Es significativa la definición que de tal contrato contiene el modelo de contrato marco de operaciones financieras que oferta en su página web la Asociación Española de Banca Privada como "aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse ente si pagos de

cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada". Aunque el contrato suscrito no se haya elaborado por esta asociación, sino por BANESTO, expresa claramente una finalidad distinta que la cobertura o aseguramiento frente a la elevación de tipos de interés.

En la doctrina de la Audiencias destaca la *SAP Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010)*. Dice su Fundamento Jurídico 3º que "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del *art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio*, importado 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 (nocional) 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 u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del *art. 1.799 Código Civil* atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes".

Visto todo lo indicado hasta aquí puede concluirse que esta clase de contrato no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad. Desde esta naturaleza jurídica habrá que resolver la presente litis.

TERCERO – La primera de las pretensiones ejercitada por la actora es la nulidad del contrato concertado entre _____ y la _____



demandada, de acuerdo con lo establecido en el art. 1.261 del Código Civil (CCv), por error del consentimiento del art. 1.266 CCv. Para que el error invalide el consentimiento como se deduce del artículo 1266 del Código Civil, es necesario que recaiga sobre la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran dado motivo a celebrarlo. Es decir, para que el error invalide el consentimiento en cuanto vicio de la voluntad es necesario no solo que sea esencial sino que también sea inexcusable, requisito que como reiteradamente viene manteniendo la doctrina legal entre otras en *Sentencia del Tribunal Supremo de 12-11-2004* 14 y 18 de febrero de 1994, y 24-1-2003 entre otras al señalar "para que el error invalide el consentimiento , se ha de tratar de error excusable, es decir, aquél que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento ".

Valorando conjuntamente la prueba propuesta, resulta acreditado, que el banco ofreció la contratación al administrador único de la entidad actora dando a entender que de este modo el cliente se "cubría" frente a la eventual subida de tipos de interés. Es decir se presentó como un seguro contra la subida del euribor cancelable y sin coste, cuando en realidad se trataba de un producto financiero complejo que implicaba un considerable riesgo, y cuya cancelación conllevaba un importante coste. Esta forma de exponer el contenido del contrato por la entidad bancaria demandada, quizá se explique por el escaso atractivo que para cualquiera supone realizar una apuesta en el que la otra parte implicada es una entidad con mayor conocimiento de las vicisitudes y tendencias de los vaivenes de la economía, flujos financieros y propensión de los mercados y tipos. Si la demandada o cualquier otra entidad bancaria expusiera que el contrato en esencia se reduce a tal apuesta (paga el banco si los tipos de referencia suben por debajo de cierto nivel, paga el cliente si los tipos bajan), sería difícil conseguir la suscripción de esta clase de productos. Pero si lo que se ofrece, aderezado de múltiples explicaciones sobre la tendencia alcista de los mercados es una forma de evitar las costosas consecuencias de tal elevación de tipos, el producto se vuelve más atractivo, aunque la explicación no responda fielmente a la naturaleza del mismo. Esta práctica ha sido criticada por numerosas resoluciones de Audiencia Provincial, referidas a supuestos de vicios del consentimiento, que cuestionan que pueda ofrecerse como seguro un contrato de permuta de tipos de interés o swap (*SAP Jaén, Secc. 3ª, de 27 de marzo de 2009; SAP Pontevedra 7 abril 2010; SAP Asturias de 23 de julio de 2010; SAP Bizkaia, Secc. 4ª, de 14 septiembre de 2010 y la antes citada SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010*).



Al respecto hay que ponderar que el Sr. Marín Granada, sobre cuya veracidad e imparcialidad no existen indicios para dudar, aunque haya dejado de ser empleado de la entidad bancaria demandada, declara que contrato con el cliente, al que consideraba minorista, unos “seguros” para protegerle de las subidas del euribur. Dice, además, que no califico al cliente ni tampoco se le hizo test de idoneidad. Reconoce que fue el banco quien tomo la iniciativa contractual.

Asimismo el actor alega que se omitió información en cuanto al coste de la cancelación. El banco lo niega. Al respecto cabe decir que los términos del contrato aportado evidencian que la cancelación supondría algún coste. Al margen de la valoración jurídica que merezca, respecto a su claridad, la *cláusula segunda* de los contratos, basta examinarla para constatar que además de ser precisos conocimientos jurídicos de algún nivel para entenderla, no incluye una referencia exacta del coste que supondría tal resolución. Ni siquiera un avanzado profesional sería capaz, con la mencionada cláusula, de determinar el coste de la resolución porque se remite a índices que, con su simple lectura, impiden conocer su cuantía. Este dato, permite concluir, que efectivamente no se informó, o al menos no se hizo de forma inteligible y concreta, del elevado coste que supone la resolución anticipada por parte del cliente.

También cabe decir que por el banco demandado no se cumplió con las normas impuestas por la normativa MIFID, integradas por una serie de directivas europeas relativas a los mercados financieros que en parte han sido objeto de transposición al ordenamiento jurídico español. Así, el nivel de protección que contemplan tales normas distingue entre tres categorías de inversores: minoristas, profesionales y contrapartes elegibles, garantizando el mayor grado de protección a los minoristas. En el caso que nos ocupa el cliente no fue clasificado como minorista como correspondía y no se le efectuó la preceptiva evaluación de conveniencia e idoneidad, conforme a los artículos 72 y 73 del RD217/2008 relativo al régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. Por otra parte la información ofrecida no se correspondía en absoluto con la realidad ya que se le ofreció el producto como un seguro cuando en realidad se trataba de un producto financiero complejo y que conllevaba un importante riesgo, tal y como expuso de forma clara y concisa D. _____, persona con una larga experiencia profesional en entidades de crédito y profundos conocimientos en materia financiera quien



declaro de forma concisa y tajante que *dicho producto se ofrece a grandes empresas, requiere conocimientos prácticos, que ni un particular ni pequeña empresa lo contratan ya que no tienen conocimientos ...es un producto del alto riesgo, ya que puede tener importantes ganancias, pero también importantes pérdidas, en su época lo contrataban empresas multinacionales por el alto riesgo que implicaban es necesario test de calificación, de idoneidad, comunicación, antes del contrato...sabe que las cancelaciones son difusas y que la entidad financiera tiene un alto poder de resolución unilateral...no debería venderse como un seguro...se vende muy mal porque los clientes se creen que es un seguro y no lo es...si se explicara bien no se vendería*

En definitiva procede admitir íntegramente la pretensión del actor y declarar la nulidad del contrato concertado por la entidad actora con Banesto por error en el consentimiento ya que el contrato no recoge la realidad desde su comienzo, y en fase precontractual se da a entender por el oferente que sirve para un fin, cuando en realidad es otra cosa muy distinta, que de haber sido conocido realmente el contenido del contrato este no se hubiera concertado. El *art. 1.303 CCv* dispone que declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

CUARTO: Por último y respecto de la nulidad del contrato concertado por los demandantes personas físicas y el banco, cabe decir que dicho contrato lo firmo el Sr. estampando su firma en los dos contratos aportados. Se trata de una practica bancaria irregular ésta ya que el banco debió exigir y velar a fin de que los contratos se firmaran por los verdaderos contratantes y no por terceras personas, lo que no ocurrió en el caso de autos. En segundo lugar no se puede admitir la alegación vertida por el banco acerca de la resolución de mutuo acuerdo del contrato celebrado con D. ;

así como la cancelación de la cuenta abierta a nombre de dichos señores, ya que no se ha aportado por quien lo alega documento alguno que lo acredite. Es mas, consta que se aperturó una cuenta a nombre de los actores sin la firma de estos, de tal forma que éstos últimos procedieron a solicitar información al respecto, como lo acreditan los numerosos correos aportados junto con la demanda , así como a pedir hasta dos veces por escrito a la entidad demandada, la cancelación de los contratos de permuta, documento nº 14 y 15 de la demanda, haciendo caso omiso la entidad bancaria demandada a dichas reclamaciones.



Por lo que procede estimar íntegramente la demanda declarando la nulidad de este último contrato por los mismos argumentos que los esgrimidos en el fundamento de derecho anterior, además de por lo expuesto en el presente fundamento.

QUINTO: En materia de costas ha de estarse a lo dispuesto en el **artículo 394 de la LEC** , por lo que habiendo sido estimada íntegramente la demanda procede condenar en costas a la demandada.

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

FALLO

Que, estimando la demanda presentada por la representación legal de la entidad mercantil S.L.U, D. _____ y D^a. _____ contra el Banco Español de Crédito, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de permuta de tipo de interés reseñados en el hecho tercero de la demanda, así como la restitución recíproca de las cantidades que se hayan abonado a las partes entre si y a resultas de las liquidaciones trimestrales que se han realizado hasta la fecha, así como las que se giren durante la tramitación del presente procedimiento hasta ejecución de sentencia, teniendo ello como consecuencia necesaria la cancelación de la cuenta corriente vinculada al contrato de IRS Cancelable abierta a nombre de _____ y D^a. _____ y la reintegración de las comisiones bancarias percibidas por la misma, y todo ello junto con los intereses que se devenguen, con expresa imposición de costas a la actora.

De la presente resolución dedúzcase testimonio que se unirá a los autos de su razón y notifíquese a las partes .



Contra la presente Sentencia cabe recurso de Apelación en el plazo de cinco días desde su notificación .

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

ES COPIA

Publicación : la anterior sentencia fue dada ,leída y publicada por la Sra. Juez que la autoriza Doña Lorena Cañete Rodríguez-Sedano, en el mismo día de su fecha estando celebrada audiencia pública ante mí el Secretario de lo que doy fé .

