

SENTENCIA

En la ciudad de Telde , a 1 de abril de 2011.

Vistos por D. Lorenzo Arístides Pérez Guerra, Magistrado-Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de esta ciudad y su partido, los presentes autos de **juicio ordinario núm. 1428/2009**, promovidos a instancia del Procurador D. Juan Fermín Arencibia Mirelles, en nombre y representación de **A--- S--- SL** , asistido del Letrado D. Miguel Rua Figueroa, contra **LA CAJA DE CANARIAS**, representada por la Procuradora Dña. Teresa Víctor Gavilán y asistida de la Letrada Dña. Mercedes Caballero Guerra, versado el juicio sobre declaración de nulidad contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador de la parte actora en la representación aludida, se presentó demanda de juicio ordinario de fecha 18.11.2009, en la que alegaba los hechos y fundamentos de derecho que son de ver en la misma.

Acompañándose la documentación que se estimó pertinente, concluía suplicando se dictase sentencia en la que se declarase la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en fecha 24.11.2008, o subsidiariamente la rescisión del citado contrato, con los efectos inherentes a tales declaraciones.

Segundo.- Admitida a trámite por Decreto de fecha 27 de mayo de 2010, se acordó el traslado de la misma junto con la documentación aportada mediante copia a la demandada. Por escrito presentado el 7 de julio de 2010, se procedió a contestar la demanda por el demandado.

Tercero.- En fecha 9 de diciembre de 2010, se celebró la Audiencia Previa, con el resultado que consta en autos. Señalándose para fecha de juicio el día 22.03.2011, llegados a dicho día, se celebró el correspondiente juicio, al que comparecieron debidamente representadas las partes y asistidas por sus letrados, practicándose a continuación la prueba propuesta y admitida con el resultado que obra en el soporte audiovisual. En conclusiones se ratificaron las partes en sus posturas, quedando los autos para dictar sentencia.

Cuarto.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales vigentes, salvo el sistema de plazos debido a la carga de trabajo que soporta este juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la actora, acción de declaración de nulidad del contrato suscrito por las partes el 30 de octubre de 2008 denominado contrato Gestión de Riesgos Financieros, denominados SWAPS. Alega la actora en apoyo de sus pretensiones, que por error prestó su consentimiento en los términos recogidos en el contrato citado. Tal es así, que tenía el convencimiento, según la información facilitada por la demandada, que contrataban un seguro que les protegiera del alza del Euribor y por consiguiente mantendría dentro de unos márgenes predeterminados en el contrato, el tipo de interés variable que servía de referencia para cuantificar el endeudamiento que mantenía el actor con la entidad demandada.

A tales pedimentos se opuso la demandada, argumentando que no es cierto que se informara a al actor que el referido producto operara como un seguro, ni que su cancelación anticipada no tuviera coste o perjuicio. Alega la demandada que el actor es conocedor de este tipo de productos, al habersele proporcionado toda la información relativa a las condiciones del producto así como la posibilidad de liquidaciones negativas y perjuicios por cancelación anticipada. Además el actor había contratado productos similares al ahora impugnado con otras entidades bancarias.

SEGUNDO.- Antes de entrar al examen de la cuestión, conviene precisar que el contrato litigioso reviste las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés , que cabe definir como aquel, 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. En origen , este tipo de contratos se celebraban entre dos interesados , normalmente grandes empresas , que el Banco ponía en contacto interponiéndose , a veces , entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos, de modo 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 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.

Tales contratos swap no están regulados en norma alguna, pero al amparo del art. 1255 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) y 50 y ss. del [C. Com \(LEG 1885, 21\)](#), nada impide que sea admitido en nuestro derecho siempre que su clausulado respete los principios y normas generales de la contratación. Según la doctrina científica , cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato 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 compensación , durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato.

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 la aleatoriedad es característica destacable de tal clase de contratos. Y si bien su finalidad principal es protegerse frente a las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés , la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole especulativa, lo que explica que no lo sean sobre la deuda pendiente de amortizar en cada momento sino sobre el nominal inicialmente convenido.

La [ley 26/1988 de 29 de julio \(RCL 1988, 1656 y RCL 1989, 1782\)](#) sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito , en su art. 48.2 , con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito , sienta 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.

La [ley 24/1988 de 28 de julio \(RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781\)](#) del mercado de valores , con anterioridad a su reforma por [ley 47/2007 de 19 de diciembre \(RCL 2007, 2302\)](#) , en su art. 2 viene a establecer , comprendidos dentro de su ámbito , una serie de instrumentos financieros , entre los que se encuentra los contratos de permuta financiera de tipo de interés , con independencia de la forma en que se liquiden y aunque sean objeto de negociación en un mercado secundario oficial o no. Por una parte los art. 78 y ss. exigen a todas cuantas personas o entidades ejerzan de forma directa o indirecta , actividades relacionadas con los mercados de valores , con expresa mención a las entidades de crédito , una serie de normas de conducta , tales como las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Es esencial la exigencia a la entidad de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate , sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan y sin esa información la entidad debe abstenerse de recomendar la inversión al cliente .

El [RD 629/1993 de 3 de mayo \(RCL 1993, 1560\)](#) , sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, actualmente derogado por el [RD 21/2008 de 15 de febrero SIC \(RCL 2008, 407\)](#) vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores , 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 atención adecuados para encontrar 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 las operaciones que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañadas de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos .

De diversas Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España en fechas 3/6/2009 , 23/6/2009 y 24/6/2009 , cabe extraer que:

- el contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés , constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.

- para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

- se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que , con anterioridad a la formalización de la operación , se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas , considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

- entre la clientela tradicional , conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades , que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela , deben realizar un esfuerzo adicional , tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente , a fin de que comprenda , con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión , y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

- en definitiva , las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como a) el hecho de que bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas) las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas , en cuantías relevantes , en función del diferencial de tipos a pagar y cobrar en cada periodo; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta , la posibilidad de que , igualmente , bajo escenarios de evolución de los tipos bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes , tanto mayores , cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y a cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera. En cualquier caso , la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes y , en definitiva , para que valoren la conveniencia o no de contratar el producto ofrecido. Se llega a considerar procedente que se incorpore , a modo de ejemplo , un cuadro que cuantifique el importe de cada liquidación en función de los distintos escenarios de tipos de interés

TERCERO.- Descendiendo al caso presente, la demandada no efectuó un “test de idoneidad” al actor, para determinar sus conocimientos financieros y si pudiera llegar a comprender los términos del contrato ofertado. No tuvo en cuenta la

demandada la idoneidad del producto ofertado a las necesidades del demandante, según su histórico y habida cuenta de su falta de formación financiera.

Ténganse en cuenta, que la nota característica de este tipo de contratos es la aleatoriedad, dónde las prestaciones recíprocas de las partes vienen determinadas por la evolución del Euribor. En este caso, la información sobre la futura variación del Euribor, y por consiguiente de las prestaciones que derivarían del contrato litigioso, a la que tiene acceso la entidad demandada, es infinitamente mayor y más precisa, que la que dispone la actora, máxime, cuando ésta depende exclusivamente de la fuente de información de la entidad demandada y presenta las deficiencias que ya han quedado expuestas.

CUARTO.- La nulidad de pleno derecho supone la inexistencia de alguno o algunos de los requisitos esenciales establecidos para la validez del contrato, a saber, el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1261), la nulidad radical o de pleno derecho opera por ministerio de la ley y es absoluta, insubsanable (salvo los supuestos de conversión y convalidación) e imprescriptible. Si prospera, la acción de nulidad -para cuyo ejercicio hay una amplia legitimación activa- da lugar a una sentencia mero declarativa que destruye la apariencia creada por el negocio radicalmente nulo -o la parte de él que es nula, en su caso (nulidad parcial)- y elimina *a radice* y *ex tunc* todos sus efectos (con la salvedad de determinadas situaciones que puedan haber devenido inatacables).

Los vicios del consentimiento están recogidos en los arts 1265 y ss. CC y la consecuencia de su presencia en los arts. 1300 y ss. CC. La doctrina, distingue los vicios del consentimiento de los vicios de la declaración, en que en los primeros existe un vicio en la formación de la voluntad, mientras que en los segundos hay una divergencia entre la voluntad interna y la declarada. Los vicios del consentimiento son: error y dolo que suponen una falta de conocimiento para la formación de la voluntad y violencia e intimidación que representan una falta de libertad para la voluntad.

El error (art. 1266) supone un conocimiento falso de algo, siendo esta falsedad reconocible para una de las partes y excusable para la otra. El error, para tener trascendencia anulatoria, debe ser esencial y recaer sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 9.4.80; 27.05.82;14.02.94; 3.3.94, entre muchas otras) respecto a que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo 1º del artículo 1266 CC será determinante de la invalidación del contrato, únicamente si reúne dos fundamentales requisitos; a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración.

Cuanto ha quedado expuesto en el fundamento anterior, la situación de predominio de la entidad demandada en tener acceso a la información sobre la futura fluctuación del Euribor y el incumplimiento de su obligación legal de valorar al cliente tanto en su capacidad de comprensión del contrato ofertado, como la idoneidad del mismo ante sus necesidades financieras, según se recogen en su histórico, acreditan que el actor no pudo comprender realmente los términos del producto que contrataba, debido principalmente a la negligencia de la entidad demandada al no ofrecer al actor, de manera clara, explícita y concreta la información necesaria para la contratación del producto financiero.

QUINTO.- Los efectos jurídicos de la declaración de nulidad se regulan con carácter principal (no exclusivamente) en el art. 1303, en el que se establece 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. El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (Sentencias del TS de 22 de septiembre de 1989, de 30 de diciembre de 1996 y de 26 de julio de 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (Sentencia del TS de 24 de febrero de 1992 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (Sentencias del TS de 22 de septiembre de 1989, de 24 de febrero de 1992, y de 28 de septiembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuando nace de la ley (Sentencia del TS de 24 de febrero de 1992). Se trata de una consecuencia ineludible de la invalidez e implícita, que según la Sentencia del TS de 9 de noviembre de 1999 no hace falta reflejar en la parte dispositiva de la sentencia.

Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración (Sentencias del TS de 22 de septiembre de 1989, de 28 de septiembre de 1996 y de 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (Sentencia del TS de 23 de octubre de 1973).

El art. 1303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (Sentencia del TS de 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (Sentencias del TS de 18 de febrero de 1994 y de 12 de noviembre de 1996).

En el presente caso procede la restitución de lo percibido por cada una de las partes, en base al contrato sucrito por las partes el día 30.10.2008, ahora declarado nulo.

SIXTO.- Con relación a los intereses, se devengarán los intereses de demora calculados al tipo del interés legal y desde la fecha de interposición de la demanda iniciadora del presente procedimiento, conforme a lo establecidos en los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil.

SÉPTIMO.- Con relación a las costas, es de aplicación el artículo 394 de la LEC, y al haber sido estimadas totalmente las pretensiones de la actora, procede su imposición a la parte demandada.

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

FALLO

Que **ESTIMANDO INTEGRAMENTE** la demanda formulada por Procurador D. Juan Fermín Arencibia Mirelles, en nombre y representación de **A--- S--- SL** , contra **LA CAJA DE CANARIAS**, representada por la Procuradora Dña. Teresa Víctor Gavilán, debo:

1.- Declarar y Declaro Nulo el contrato de Gestión de Riesgos Financieros suscrito por las partes en fecha 30.10.2008, con todos los efectos inherentes a tal declaración, según lo expuesto en los Fundamentos Quinto y Sexto de la presente resolución.

2.- Se condena en Costas a la entidad demandada.

Llévese certificación de la presente resolución a los autos de su razón, uniéndose el original al libro de sentencias de éste Juzgado.

Notifíquese la presente resolución en legal forma a las partes, con indicación de que contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, a interponer en este Juzgado dentro del plazo de los cinco días siguientes a la notificación, a cuyo efecto deberá acreditarse haber realizado la consignación del depósito establecido en la Ley 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia en nombre de S.M. el Rey, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Magistrado- Juez sustituto que la ha dictado, estando celebrando Audiencia Publica por ante mi el Secretario Judicial, de lo que doy fe.