

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

CASTROPOL

**SENTENCIA: 00031/2010**

JUICIO ORDINARIO N° 561/09.

SENTENCIA N° 31/10

En Castropol, a 9 de marzo de 2.010.

Vistos por Dña. Josefa Fernández Fernández, Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia Único de Castropol, los autos de Juicio Ordinario N° 561/09, seguidos a instancia de D. Alberto , D. Eladio y la Entidad EXCAVACIONES QUINTELA S. L, representados por la Procuradora Dña. María Gema García Monteserín y bajo la dirección letrada de D. José Antonio Ballestros Garrido, contra la Entidad BANCO SABADELL, representada por la Procuradora Dña. Maria Aurelia García Martínez y bajo la dirección letrada de D ña. Marta Tatger Oliver.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. García Monteserín, en nombre y representación de D. Alberto , D. Eladio y la Entidad EXCAVACIONES QUINTELA S. L , se presentó con fecha 19 de octubre de 2.009, escrito de demanda de Juicio Ordinario, en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando en su suplico, que se dictara Sentencia declarando la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y de la confirmación de la operación de swap o permuta financiera de tipos de interés, suscritos por cada uno de ellos con la entidad financiera demandada, con la obligación de restituirse recíprocamente todos los pagos efectuados a raíz de esas operaciones, con sus intereses legales, y condena en costas a la Entidad demandada.

SEGUNDO.- Por Auto de este Juzgado de fecha 28 de octubre de 2.009 , se admite a trámite la demanda interpuesta y se acuerda dar traslado a la parte demandada para su contestación. Por la Procuradora Sra. García Martínez, en nombre y representación de la Entidad BANCO DE SABADELL , se presentó escrito de contestación a la demanda, en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando desestimación íntegra de la demanda, absolviendo libremente a la parte demandada y condena en costas para la parte demandante.

TERCERO.- En la fecha 14 de enero de 2.010, se celebró la Audiencia Previa en la forma establecida en el Artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , proponiéndose prueba y admitiéndose la que se consideró pertinente, todo ello con el resultado que obra en autos y señalándose para la celebración del juicio la fecha 23 de febrero de 2.010 .

CUARTO.- El día y hora señalados se celebra la vista oral, con la comparecencia de las partes, practicándose las pruebas admitidas como documental y testifical, y una vez emitido el informe final por las partes, quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** La parte actora basa sus alegaciones a partir de un supuesto fáctico que en esencia es el siguiente: los demandantes son clientes del citado Banco demandado ya que todos ellos tienen préstamos o créditos a tipo variable con dicha Entidad. La Directora de tal Entidad en la sucursal de la localidad de Vegadeo, se puso en contacto con D. Alberto y D. Eladio para ofrecerles un producto que, según se deduce de las explicaciones vertidas en el acto del juicio por la propia Directora Bancaria, resultó ser una permuta financiera de tipos de interés (swap de tipos de interés), por la cual en el caso de que el tipo de interés de referencia suba, el vendedor que, en este caso es el Banco, debe abonar una cantidad al cliente y en el supuesto de que el tipo de interés baje, es el cliente quien tiene que pagar al Banco. Según dicha oferta, el actor, D. Alberto, firmó un contrato Marco de Operaciones Financieras y un documento de confirmación de la operación por importe de 60.000 euros y D. Eladio firmó el documento de confirmación de la operación por importe de 150.000, y firmó otro como administrador de la empresa Excavaciones Quintela S. L por importe de 100.000 euros. Cuando los actores empiezan a comprobar la existencia de cargos en su cuenta en los extractos bancarios, se dirigen a la Directora de la Oficina Bancaria mencionada a exigir explicaciones, y aquella les informa que tales movimientos o cargos deben atribuirse a la propia esencia del contrato y a la bajada de los tipos de interés. A pesar de que la propia Entidad atendió sus quejas y les ofreció soluciones alternativas, los afectados no aceptaron las mismas. Los actores pretenden en este momento que declare la nulidad de los contratos mencionados, al entender que no fueron informados de forma correcta de las consecuencias de la firma del contrato ni de los riesgos que asumían al contratar.

Por su parte, la Entidad demandada, solicita la desestimación de la demanda, ya que entiende que el contrato no está afectado por ningún vicio y es perfectamente válido, concurriendo el cumplimiento de todas las obligaciones precisas que debe cumplir el Banco para operaciones de este tipo.

**SEGUNDO** En el presente supuesto nos movemos de lleno en la práctica del sector bancario, que se caracteriza por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las Entidades Bancarias que deben ser aceptadas por el cliente a la hora de contratar, sin posibilidad de introducir modificaciones o matizaciones en las mismas. A pesar de estas particularidades, en el sector en el que se mueven los contratos objeto del presente pleito, el Código Civil sigue siendo el que nos ofrece las pautas básicas en relación a los requisitos que deben concurrir en la formación de un contrato, a través del clásico contenido del Artículo 1.261, que exige para que exista un contrato, la concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el mismo. El eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo. Esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro

y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esto hace que en el sector que analizamos de la Banca, el legislador y por ello, la jurisprudencia se cuiden de destacar en el análisis de los supuestos que contemplan, la protección que es precisa que el cliente de un Banco, aun cuando sea potencial, tenga a su favor en todas las fases de conclusión de un contrato con una Entidad Financiera y todo ello por la necesidad de dotar de amparo, a lo que se ha entendido parte débil de la contratación en un contrato de adhesión. En la fase precontractual, debe procurarse al consumidor por la propia Entidad, una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece. En la fase contractual, basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo Artículo 8, se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses.

**TERCERO** En el caso que nos ocupa, los actores pretenden nulidad de los contratos suscritos, ya que entienden que firmaron por error, ya que la Entidad que les ofreció el producto no les proporcionó una correcta información, estando en la creencia que el contrato les iba a proteger de eventuales subidas de interés que les estaba perjudicando por tener préstamos de interés variable, algo que no resultó ser así, y que se ha demostrado que la figura que ellos tenían contratada y el producto que se les ofertó, funcionaban de forma independiente, y si bien al principio del curso de ejecución del contrato les fue favorable, pronto cambió y sufrieron pérdidas económicas. De la prueba practicada a lo largo del procedimiento queda claro que lo que en su día suscribieron los actores con la parte demandada, no es mas que un swap o permuta financiera, que es un contrato en el que dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras, en el que normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés.

**CUARTO** En la fase previa a la contratación efectiva, no consta acreditado más que el hecho de que los actores mantuvieron una conversación con la Directora de la Sucursal Bancaria, Dña. Sofía, en la cual esta les explico el producto que se ofrecía. A raíz de la declaración prestada por tal Directora en el acto del juicio, se hace constar que les explico con detalle el producto ofrecido y que tal producto encajaba con el perfil de los actores, por eso se les llamo para llevar a cabo un contacto sobre el producto. No se ha acreditado la existencia de algo más que ese contacto verbal, no existe acreditación de que el Banco explicara por medio de folletos exhaustivos o detallados los caracteres de la operación, ni consta ninguna oferta referida con carácter documental. Se ha alegado por la parte demanda, que en ningún momento se les hizo saber a los clientes que la operación no entrañaba riesgos, pero no nos consta si esos riesgos fueron detallados de forma minuciosa, es cierto que los clientes firmaron de forma libre, no hubo desde luego coacción, pero lo que debe quedar acreditado es si sabían perfectamente los riesgos que asumían firmando, y mas importante aun, si esa información del riesgo la llevo a cabo la Entidad financiera, como es obligado. Además no debe perderse de vista que los clientes actores en este procedimiento, no son personas experimentadas en

temas financieros o al menos no se acredita así, y el producto ofrecido ha sido calificado de complejo. En toda esta materia, la norma fundamental a seguir en la actuación de las partes contratantes y en la regulación de operaciones financieras viene constituida por la Ley de Mercado de Valores 24/1.988 de 28 de febrero, que en el punto que nos ocupa fue modificada por la Ley 47/2.007, que supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento.

De los extractos de las cuentas corrientes de los actores se deduce un importante riesgo y pérdida sufrida a consecuencia de la ejecución o efectividad del contrato. D. Alberto, percibió dos abonos por importe cada uno de 23,00 euros en fechas 30 de septiembre de 2.008 y 30 de diciembre de 2.008, y por el contrario, sufrió cargos en marzo, junio y septiembre por importes de 187,05€, 407,83€ y 475,34 €.

D. Eladio sumo dos abonos en septiembre y diciembre de 2.008 por importe cada uno, de 57,50 € y tres cargos en marzo, junio y septiembre por importes de 718,87€, 1.273,62€ y 1.445,17€.

A la empresa Excavaciones Quintela S.L se le abonaron en septiembre y diciembre de 2.008, un par de abonos de 38,34 € y por el contrario, sufrió cargos en marzo, junio y septiembre por importes de 311,75€, 679,72€ y 792,22€.

Se ha alegado por la parte demandada que los clientes solo reclaman en el momento en que sufren pérdidas y no cuando obtuvieron abonos por la operación. Esto lo único que prueba es el desconocimiento de la parte sobre lo que habían contratado, ya que hasta que los intereses bajan y las pérdidas comienzan, no se dan cuenta de la trascendencia de lo contratado.

Es evidente que a pesar de que la parte demandada entiende que no hay desproporción ni arbitrariedad a la hora de contratar y que tales desigualdades en el resultado, fácilmente apreciables si tenemos en cuenta las cifras anteriores, son mera consecuencia de la aleatoriedad y variabilidad de los tipos de interés, lo que es evidente es que para impedir precisamente nulidades de contrato, es preciso que el Banco aperciba y advierta a la otra parte contratante, que tales desigualdades pueden producirse y hacerlo de una forma tan exhaustiva que impida a la parte contratar servicios que rápidamente le pueden producir unos perjuicios económicos persistentes, a través de un sistema de información imparcial, claro y no engañoso. En palabras de la Ley del Mercado de Valores de una forma "que le 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".

**QUINTO** Los Contratos Marco de Operaciones Financieras fueron firmados por D. Alberto junto con un documento de confirmación, en fecha 16 de abril de 2.008, y por D. Eladio el 4 de junio de 2.008 y 16 de abril de 2.008, ya que éste firmo uno a título personal y otro como administrador de la empresa Excavaciones Quintela S.L.

Observando los documentos suscritos que figuran unidos a las actuaciones, se percibe que los contratos marco son un mero contrato de adhesión con clausulado genérico, algo totalmente normal en la práctica bancaria, y perfectamente válido, pero que lógicamente debe completarse con una especificación más concreta, que bien podría ser el documento de confirmación. Si analizamos de forma conjunta los dos documentos, lo

cierto es que no encontramos ninguna cláusula ni apartado que nos indique de forma clara y precisa que operación de aquellas genéricas o enumeradas en el contrato marco, es la que se está confirmando, y sobre la que recae el consentimiento prestado, y que se trata de un swap de tipo variable, como ha explicado en sus caracteres en el acto de la vista la directora de la sucursal bancaria.

Por ello ni el contrato marco ni el documento de confirmación recoge una referencia concreta al conjunto de riesgos asumidos para el caso concreto, y de su aumento o disminución según la evolución de tipos de interés, teniendo en cuenta que en el momento de elaboración y firma de los contratos que nos ocupan, empezaba a vislumbrarse por datos económicos de carácter general, (que sin duda el Banco como experto financiero puede interpretar de forma favorable para él mismo y sus clientes) una posible variación en la evolución de los tipos de interés, que hubiera llevado al Banco que siempre es conocedor de mas datos económicos que un cliente no experimentado en la materia de su posible evolución, a no ofertar el producto de la forma en la que lo hizo o con una especial precaución y minuciosidad en la información. En los contratos celebrados, tal y como figura en su texto existe un Anexo I en donde hay una apartado titulado "Conocimiento de los Riesgos de las Operaciones", que dice: "las partes declaran ser totalmente conscientes del riesgo de volatilidad inherente a la celebración de operaciones, cuyo valor de mercado puede variar rápidamente como consecuencia de variaciones en los tipos de interés, tipos de cambio y otros parámetros relevantes de los mercados". No se especifica nada de los riesgos concreto de la operación modalidad swap que se contrataba, ni de los riesgos concretos que una variación en los tipos de interés como la que se preveía podía producir, todo ello con el entendimiento de que la Entidad Bancaria no podía adivinar el curso exacto o tener total certeza sobre la variación de los tipos de interés, pero si contar desde luego con más datos que el cliente sobre este punto.

Es cierto en lo relativo a esta cuestión, que D. Alberto firmó un documento, el nº 5 de los aportados con la contestación a la demanda, en el que se dice y así lo firma el interesado, que conoce que el riesgo del producto es superior al perfil de riesgo derivado del test de idoneidad, pero ha quedado acreditado, que ese riesgo adicional que se pone de manifiesto una vez que la variación de los tipos de interés fue estrepitosa, no había sido advertido por el Banco al propio cliente.

Precisamente la obligación de información es la primordial obligación del Banco y es llamativo que en la documentación que se refiere al cliente, hoy actor, D. Eladio , figura una cláusula en la que se dice que la contratación no está sujeta a ningún tipo de asesoramiento por la Entidad.

El Artículo 79 y concordantes de la Ley de Mercado de Valores , resulta plenamente de aplicación en el apartado que regula las obligaciones de diligencia y transparencia. Debemos destacar que tal Ley ha sido modificada por Ley 47/2.007 de 19 de diciembre , que ha venido a potenciar a través de la introducción de un Artículo 79 bis, los deberes de información al cliente, haciendo una regulación muy exhaustiva de la misma y distinguiendo en tal información, la que se debe al cliente no profesional. Según su regulación, " la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias", de igual forma recoge una obligación de máxima aplicación al supuesto que nos ocupa al señalar que "la información deberá ser

exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial e invisible", dicha obligación es evidente que el Banco debe de cumplirla a pesar de que ello conlleve un riesgo de no contratación.

Por otro lado, hay aspectos que se encuentran acreditados, como es el hecho de que D. Eladio no se sometió al test de conveniencia que la normativa exige, que indican que la actuación del demandado fue defectuosa o negligente. La Entidad Bancaria alega que el referido actor, fue el que aceptó la contratación sin hacer el test y que renunció a dicha posibilidad, constando así documentalmente, pero lo cierto es que la Ley del Mercado de Valores resalta pautas a seguir cuando la información que el Banco llega a tener del cliente en orden a recomendarle un producto es insuficiente: " la entidad obtendrá 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" · Es la propia Ley citada la que dice que sin esa información la Entidad debe abstenerse de recomendar la inversión al cliente, sin duda para protegerlo de resultados como los que anteriormente se reseñaron en las cuentas de los actores del presente procedimiento. Igualmente, la citada norma señala que " cuando el cliente no proporcione la información indicada....la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él"

**SEXTO** Queda suficientemente probado, que el Banco demandado no actuó en cumplimiento del deber de información exigible en tales casos. Con todo lo dicho anteriormente, no se pretende atribuir únicamente a la Entidad Bancaria la vigilancia de los intereses del cliente, éste debe velar por sus propios intereses, nos encontramos ante unos contratos bilaterales, cada parte vela por su interés propio, pero esto no significa que en los casos como el que nos ocupa, en los que es la propia Entidad la que toma la iniciativa en el contrato, ofertando un producto, tenga un plus de lealtad con el cliente potencial en aras a extremar al máximo las consecuencias de ese deber de información, dando por presupuesta la concurrencia de la buena fe contractual que exige el Código Civil en su Artículo 7. De todas formas, la Ley de Mercado de Valores exige expresamente en aplicación de esa buena fe contractual y de las relaciones entre el Banco y el cliente, que aquel vele por los intereses de este como si se tratara de los suyos propios.

Por todo ello debemos concluir que los contratantes en su día, hoy actores en el presente procedimiento, se acogieron a la firma de tal swap porque la información ofrecida por el Banco les indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad, algo que se acredita se produjo por una información defectuosa imputable al Banco contratante, sobre el producto ofrecido, dándose los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2.000 : "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no

habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular"(SSTS RJ1994,1469 o SSTS RJ1998,3711)

**SEPTIMO** Por lo expresado, y al concurrir la aplicación del Artículo 1.265 del Código Civil , cuando dice que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad de los contratos de swap suscritos por los actores con sus correspondientes documentos de confirmación, y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato.

**OCTAVO** De conformidad con el Artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se impone a la parte demandada, el pago de las costas causadas.

Vistos los preceptos legales señalados, y los demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLO**

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta en nombre y representación de Alberto , Eladio y EXCAVACIONES QUINTELA S. L, contra el BANCO SABADELL, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y de confirmación de la operación suscritos por los actores con la Entidad demandada, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz de esas operaciones, con intereses legales.

Se impone el pago de las costas procesales a la parte demandada BANCO SABADELL.

Contra la presente resolución cabe recurso de APELACION en el plazo de CINCO DIAS siguientes a su notificación. El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que se impugnan. Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un deposito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a tramite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en la entidad BANESTO.

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