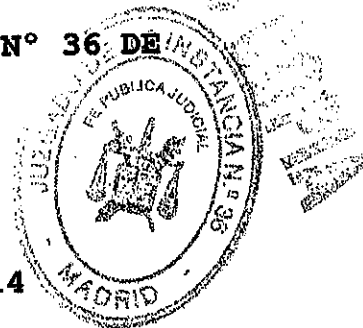




Administración
de Justicia

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA Nº 36 DE INSTANCIA
MADRID



JUICIO ORDINARIO 541/12

SENTENCIA Nº 34 /2014

En Madrid a diecinueve de febrero de dos mil catorce.

La Ilma. Sra. D^a. MARIA DE LOS ANGELES MARTIN VALLEJO, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid, habiendo visto los autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado con el nº 541/2012 a instancia de BARCLAYS BANK SA representada por la procuradora D^a. Adela Cano Lantero, y asistida por el Letrado D. Javier Ortega González, contra SL; SL; SL; y SL, representada por la Procuradora D^a. Elena Puig Turegano, sobre acción de reclamación de Cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Cano Lantero, en nombre y representación de su mandante, interpuso demanda de Juicio Ordinario contra las citadas demandadas, fundándose en los hechos, fundamentos jurídicos y suplico, considerándose reproducidos en la presente.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 14 de mayo de 2012 se admitió a trámite la demanda. Por Decreto de 27 de junio de 2012, se tuvo por contestada la demanda, y por formulada reconvencción, citando a las partes a una audiencia previa el día 24 de enero de 2013 las 10:00 horas

TERCERO.- Siendo el día y hora señalada, abierto el acto, la parte demandante se ratificó en su escrito de demanda y contestación a la demanda reconvenccional y solicitó el recibimiento del pleito a prueba. La parte demandada se afirmó y ratificó en su contestación y demanda reconvenccional y solicitó el recibimiento del pleito a prueba. Recibido el pleito a prueba el demandante propuso prueba documental, pericial y testifical. La parte demandada propuso prueba documental, más documental y testifical. Admitidos por la proveyente los medios de prueba propuestos excepto la prueba de ratificación pericial, se señaló para la continuación del juicio el día 16 de enero de 2014 a las 10:00 horas.

CUARTO.- Siendo el día y hora señalado, abierto el acto y practicada la prueba, y formuladas conclusiones, quedaron los autos conclusos para sentencia.



Administración
de Justicia

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la actora la acción de reclamación de cantidad alegando sustancialmente que las entidades demandadas se constituyeron el día 10 de octubre de 2006 destinando su actividad a la generación, distribución, compra, venta, producción, alquiler de energía fotovoltaica, así como otro tipo de energía, doc. 1 a 4, en el desarrollo de su actividad, el Grupo suscribió con fecha 10 de enero de 2008 cuatro pólizas de crédito dirigidas a financiar la adquisición de una planta de energía fotovoltaica por los importes reseñados en las respectivas pólizas, suscribiendo el día 23 de julio de 2009 adendas a dichas pólizas, doc. N° 5 y 6; que el día 21 de julio de 2008 contrataron cuatro productos derivados o swap con la finalidad de estabilizar el coste financiero de las pólizas suscritas previamente; que hasta el mes de noviembre de 2008 las demandas cumplieron con sus obligaciones, a partir de dicho mes resultaron desatendidas las liquidaciones doc. 8 a 11; situación que se notificó a las demandadas doc. 12 a 15, que ante el incumplimiento y en aplicación de la estipulación 9.1 se notificó el vencimiento anticipado de la operación con efectos a fecha 30 de noviembre de 2011, doc 211 a 23, las cantidades reclamadas son las siguientes:

SL 40.075,14.- euros;	SL
25.091, 40.-euros;	SL 43.560,08 euros y a
SL 43.560,08.-euros,	total 152.286,70.-euros.

A estos hechos se opone la parte demandada alegando que son compañías independientes, que la fecha de la operación fue el 17 de julio de 2008 y no el 21 de julio cerrándose la operación telefónicamente, que en relación a dichos productos se han efectuado diversas reclamaciones llegando incluso la demandante a ofrecer un acuerdo consistente en asumir el 65% del coste de cancelación de los productos más una rebaja en el diferencial de los préstamos, que no se les informo en ningún momento del coste de la cancelación anticipada, que el doc. N° 24 o contrato marco no ha sido nunca enviado ni mostrado solicitando la desestimación de la demanda.

Interpone la demandada demanda reconvencional solicitando la nulidad de los contratos de permuta financiera al no cumplir la entidad demandada sus obligaciones de información contractual ni precontractual alegando sustancialmente que si bien las cuatro empresas han podido actuar en algún momento de forma organizada son cuatro compañías independientes que no forman grupo empresarial.

Que como consecuencia de la necesidad de obtener financiación para la explotación de distintas instalaciones



Administración
de Justicia

fotovoltaicas junto con otras 11 entidades se encargó a D. Mieres de la posibilidad de obtener dicha financiación, contratándose finalmente con Barclays, uno de los requisitos para llevar a cabo el negocio de la producción de energía fotovoltaica era la obligación de aportar unos avales a favor del Servicio Territorial de Industria, Turismo y Comercio, dichos avales fueron contratados con fecha 31 de agosto de 2007 doc. N° 2, que cuando se estaban negociando las pólizas de crédito la entidad exigió el compromiso de que como condición para la concesión de las pólizas se debían contratar unos productos de coberturas de tipo de intereses, la única información facilitada fue que se trataba de seguros contra la subida de tipos destinados exclusivamente a proteger y beneficiar a los clientes por lo que no tenían ningún riesgo siendo además gratuitas, comentando que su contratación se realizaría más adelante al ser más urgente la contratación de las pólizas y porque los productos de cobertura no comenzarían a funcionar inmediatamente, tras las oportunas gestiones, el 10 de enero de 2008 se suscribieron dos pólizas de crédito la primera destinada a financiar el pago del IVA y las pólizas principales, transcurridos unos meses Barclays comenzó a exigir la contratación de los productos de cobertura señalando que en ese momento era muy adecuadas siendo totalmente incierto ya que los tipos de interés se encontraban finalizando una importante tendencia alcista de hecho en el mes de julio de 2008 el Euribor alcanzó el 5,393%, momento en el que Barclays coloca las permutas financieras mediante contratación telefónica cuando Barclays manejaba escenarios de bajadas de tipos de interés a corto o medio plazo como lo acredita la propia Asociación Española de Banca, doc. N° 4, es decir Barclays ha transferido a sus clientes su propio riesgo financiero ya que el tipo de interés fijado en el 5,28% y el momento en que los contratos surten efectos 19 de octubre de 2009 consigue que Barclays no tenga que afrontar ninguna liquidación positiva y que los clientes empiecen a darse cuenta del grave riesgo asumido. Que jamás recibieron advertencia adecuada sobre los riesgos, la complejidad de los contratos, la existencia de un coste de cancelación y su fórmula de cálculo o los riesgos derivados de la bajada de los tipos de interés, bajada que según Barclays estaba dentro de sus estimaciones, que ni se ha entregado prestaciones o informaciones por escrito de ningún tipo.

Que D. Mieres no tenía poderes ni autorización para representar a las empresas, y tampoco fue receptor de la información obligatoria, que se ha solicitado en numerosas ocasiones las grabaciones de las contrataciones siendo negada la entrega. Que las liquidaciones negativas han ocasionado graves perjuicios cifrados en 26.996,43 euros para SL; 26.962,43 euros SL, 24.805,41 euros SL y 15.530,33 euros SL, que ante las reclamaciones efectuadas Barclays ofreció una oferta de restructuración que era abusiva siendo rechazada.



Madrid



Administración
de Justicia

A estos hechos se opone Barclays alegando que el Sr. Mieres actuó en todo momento como representante de las cuatro entidades y que no solo trabaja en banca sino que es un experto en productos financieros, que se ofreció una diversidad de mecanismos dirigidos a dotar de cobertura a los créditos frente a posibles subidas del tipo de interés pactado siendo el Sr. Mieres quien mostró su conformidad con la contratación de los swaps, pretendiendo que se reprodujesen o mejorasen las condiciones ofertadas por el BBVA, doc. N° 7, que a lo largo de las negociaciones el Sr. Sánchez, empleado de la entidad, el Sr. Mieres y la Sra. Celdrán, empleada de la entidad, fueron informados de las características del producto realizándose dos presentaciones del mismo doc. 8,9 y 10, que mantuvo diversas conversaciones telefónicas con todos y cada uno de los representantes legales de las entidades demandantes el día 17 de julio de 2008 a fin de conformar que su interlocutor les había informado de los swaps, siendo las respuestas afirmativas, doc. N° 11, al final de dicho correo se adjuntaban las condiciones finales cerrados por las partes, doc. N° 121, os demandantes recibieron los contratos y los devolvieron oportunamente firmados, el Banco de España ante las reclamaciones de las demandadas no apreció en la actuación quebrantamiento de las normas de transparencia y protección a la clientela ni de los buenos usos y prácticas financieras

SEGUNDO.- Solicitando la parte demandante en su escrito de demanda en primer lugar la declaración de que las entidades demandantes han incumplido las obligaciones en el marco de los contratos Swaps suscritos en el mes de julio de 2008 y reconviendo las demandadas alegando nulidad de dichos contratos por falta de información lo que motivo error en el consentimiento es procedente examinar en primer término la naturaleza del contrato al tratarse de un contrato de permuta financiera de tipos de interés. El artº 1261 del CC establece que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: consentimiento, objeto y causa.

La Sta de la A.P de Salamanca 24 de julio de 2007 analizando la permuta financiera afirma: "Así las cosas, es preciso indicar que como señala la sentencia de la sección cuarta de la audiencia Provincial de Oviedo de 12 de noviembre de 2010, ponente Francisco Tuero Aller, citando otras dos sentencias dictadas por la sección quinta de dicha audiencia con fecha de 27 de enero y 23 de julio del mismo año 2010, el contrato objeto de juicio, denominado por las partes como "contrato de permuta financiera de tipos de interés" constituye uno de los conocidos en la doctrina científica como contratos de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona "swap").

Se trata de un contrato atípico pero lícito al amparo del artículo 1255 CC y 50 del CCo, importado del sistema jurídico anglosajón, y caracterizado por la doctrina como consensual,



Madrid



Administración
de Justicia

bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando con cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

Un swap, o permuta financiera, es un contrato mediante el cual ambas partes acuerdan intercambiar flujos de efectivo sobre un cierto principal a intervalos regulares de tiempo durante un periodo dado". Normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés, llamándose IRS (Interest Rate Swap) aunque de forma más genérica se puede considerar un swap cualquier intercambio futuro de bienes o servicios (entre ellos de dinero) referenciado a cualquier variable observable. Los swaps se introdujeron por primera vez al público en 1981, cuando IBM y el Banco Mundial entraron en un acuerdo de intercambio. Un swap se considera un instrumento derivado.

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 artículo 1799 CC , 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.

La complejidad de los swaps radica en la gran cantidad de documentación que es necesaria para especificar completamente los términos del contrato y de las disposiciones y cláusulas especiales que pueden ser incluidas para ajustar el swap a una necesidad específica.

La eficiencia de la utilización de un swap cualquiera que sea su uso, dependerá del conocimiento del mercado global de



Madrid



Administración
de Justicia

capitales y la eficiencia del mercado en la que estamos participando. De ahí que elegir un buen agente o corredor también es de suma importancia, ya que será el responsable de que el rendimiento de nuestro capital sea positivo.

Pues bien, con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que ofrece, hemos de indicar que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En ese sentido es obligada la cita del artículo 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1988 de 29 de julio y su desarrollo, pero la que real y efectivamente conviene al caso es la ley 24/1988 de 28 de julio del mercado de valores al venir considerada por el Banco de España y la C.N.M.V incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras, art. 2 L.M.V).

Esa mirada normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensa al cliente, dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia, pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase pre contractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo, y así, si el artículo 79 de la L.M.V, en su redacción primitiva, 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 los intereses del cliente como propios (letras I.A y I.C), el RD 629/1993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (artículo 5.3).

Dicho decreto fue derogado, pero la ley 47/2007 del 19 de



Madrid



diciembre por la que se modifica la ley del mercado de valores continúa con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 71 de vista regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa", debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79. bis 3, 4 y 7).

Luego, el RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual, como contractual (artículos 60 y siguientes, en especial el artículo 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no les exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciendo lo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio, pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente, conforme a la buena fe contractual (artículo 7 CC), singularmente en cuanto a la información pre contractual, necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la percepción del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis LMV.

Sobre esto, y para mejor entender lo dicho deben hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, y la otra sustantiva.

La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre los 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 " eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el banco en cada uno de ellos eran





Administración
de Justicia

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.

La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativas del mercado de valores será sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido STS 20-1-2003).

Por último, destacar que es evidente que ostentando el banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa, sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor).

Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y esta indirecta conexión, por tanto, con la nota de aleatoria edad de este tipo de contratos. De ahí que la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no satisface su interés. Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión del futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza, sino como exponía el citado decreto de 1993 en el ordinal 3 del artículo 5 del anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el artículo 60.5 del RD 217/2008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos (letra b)".

El producto contratado como afirma la STA de la AP de Madrid de 27 de julio de 2012 encaja con la descripción que se contiene en la SAP de Valencia de 6 de octubre de 2010; a saber : "... el contrato suscrito denominado "gestión de riesgos financieros" (...), en otros supuestos llamados "permuta de cuotas de tipo de interés" o " swap de tipo de



Madrid



Administración
de Justicia

intereses" es un instrumento financiero concertado con la finalidad de protegerse el cliente de las subidas que puede acarrear los tipos de interés de aplicación a sus operaciones de pasivo y por tanto se trata de un mecanismo para estabilizar en la medida de lo posible sus costes financieros; intercambiándose con la entidad financiera cuotas de tipo de interés referencial a aplicar sobre un importe no real, por eso llamado nocional, de tal forma que en caso de subida del tipo referencial y por ende de incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente (con igual o diversa entidad con la que suscribe el mentado contrato) viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera y caso de bajada de tal tipo de interés (por ende, menor coste financiero en operaciones de pasivo) el cliente debe abonar aquello que no ha devengado en su coste financiero a la entidad con la que contrata el mentado negocio, de tal forma que finalmente por tal vía puede el cliente hacerse una previsión de estabilidad de sus costes financieros. Ciertamente no es necesario que tal contrato esté vinculado a una determinada operación de pasivo, siendo autónomo e independiente de éstas y puede ser concertado en referencia bien al global del pasivo o bien con referencia a una o varias operaciones de tal naturaleza. Es un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte en cuanto según los tipos referenciales pactados aplicados sobre el importe nocional determinará que la liquidación produzca un saldo negativo (carga para el cliente) o positivo (abono para el cliente) y con un aspecto aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo del interés, al enfrentarse un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Esta operación si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del artículo 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (artículo 1 Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

Continúa afirmando tal sentencia que "...El acceso cada vez mayor por los pequeños inversores al mercado financiero y las dificultades o complejidades que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conducta para las entidades de crédito o financieras tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 de julio ... modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone , entre otras, la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004,



Madrid



Administración
de Justicia

relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2, ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el Real Decreto 218/2008 de 15 de febrero, ... que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (artículo 64). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

TERCERO.- Pues bien, siendo tal el planteamiento general, ha de concretarse las circunstancias que determinaron en el caso enjuiciado la prestación del consentimiento por el demandante y por ende si en su momento conoció y comprendió el alcance y contenido de la operación decidiendo su aceptación, ello en base a la construcción jurisprudencial referida al error invalidante que determine nulidad del contrato por falta de consentimiento (arts. 1.265 y 1.266 C.c.) y que exige que la deficiencia revista carácter esencial y excusable, entendiéndose que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media de regular, apreciando ésta valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, con especial hincapié en ese imprescindible deber de información que permita que el contratante pueda tener un conocimiento razonable de lo que contrata, en base a ese derecho a ser informado de forma veraz acerca del contrato, de manera que no induzca ni pueda inducir a error en sus destinatarios y que no silencie datos fundamentales de los objetos del mismo, es decir, con una información completa e individualizada, sobre el objeto y condiciones del contrato, que ha de relacionarse con la específica preparación y conocimientos de tal contratante, es decir, individualizándose en el caso particular la construcción doctrinal y legal



Madrid



Administración
de Justicia

general.

Respecto a la intervención del Sr. Mieres en la contratación de los Swaps afirmo, en prueba testifical que no ha sido nunca representante de las empresas demandantes, que solo actuó como informador de las mismas y que buscaba un Banco para financiar la energía fotovoltaica, que es economista y trabaja en el BBVA y no comercia con derivados financieros, afirmando que la posibilidad de contratar el Swaps surge en una reunión antes de firmar las pólizas de préstamo y Roberto Sánchez le dice que tienen que contratar obligatoriamente la cobertura porque sin Swaps no habría contratación, exhibidos los documentos nº 8 y 9, folios 813 y siguientes manifestó que no han sido facilitados y que él no participo en las negociaciones con derivados y que las negociaciones las llevaba German, exhibidos los documentos nº 10 y 11 folios 819 y ss, manifestó no haberlos recibido asegurando que dicho correo nunca lo ha utilizado y que mira gestión es una empresa de carácter familiar y que el correo miragegestionmail.com es el de la empresa, por el contrario los testigos Sr. Sánchez y Sra. Cendron afirmaron que actuaba en nombre del Grupo y que tenía amplios conocimientos financieros, manifestando la Sra. Cendron que tenía un perfil alto de entendimiento, dicha afirmación no queda refrendada por prueba alguna al no aportarse por Barclays, a quien incumbe la carga de la prueba, ningún test de idoneidad o de conveniencia de dichos productos, tampoco queda acreditada por prueba alguna la recepción de los correos por el Sr. Mieres ni que utilizase dicho correo.

En el caso objeto de estudio se trata de determinar si hubo o no suficiente información sobre si el futuro comportamiento del tipo de interés variable referencial y el sistema de cancelación anticipado y sobre las características del producto contratado,

La Sra. Cendron afirmo que una vez que se explicó al Sr. Mieres las características del producto, el coste de la cancelación etc., (ya hemos declarado anteriormente que no es representante de la entidades demandantes ni contrataba en su nombre), llamó a los representantes legales de cada entidad y volvieron a explicarles los Swaps, estando grabadas dichas conversaciones, grabación que no ha sido aportada en las actuaciones desconociéndose por tanto si las conversaciones se grabaron, ni cuál fue el grado de información facilitado al cliente, prueba que incumbía nuevamente a Barclays, la Sra. Cendron continuo afirmando que en la conversación se mencionó el coste de cancelación y que nadie propuso ninguna aclaración y que la contratación se hace telefónicamente porque el Swap cotiza y por ello varía el tipo de interés teniendo que cerrarlo en un momento exacto, que después del cierre telefónico se mandaba un e-mail



Madrid



Administración
de Justicia

desconociendo si se contestó al mismo y que posteriormente se enviaban los contratos por escrito, y que hasta ese momento podrían haber desistido del contrato, pero se devolvieron firmados que no sabe si se hizo test de conveniencia y que no es obligatorio formalizar el convenio marco ni se cumplimentó el CEMOF.

El Sr. Sánchez Amoretti afirmo que no era necesaria la aplicación de la normativa Mfit al ser el swap un contrato de cobertura y que tampoco era exigible la formalización de un contrato marco.

Del examen exhaustivo de los contratos aportados como doc. N° 7 folio 151 y siguientes, la juzgadora no ha encontrado ninguna cláusula que haga referencia a la operación general de financiación del grupo al que se hace referencia como de cobertura o de protección, no se aporta un cuadro previsible de amortización, no se hace ninguna mención a la forma en que se procede a la amortización del nominal de cada uno de los créditos concedidos respecto al nominal de la cobertura individualizada, se refiere mínimamente a la posibilidad de cancelación anticipada, no se establece claramente ni sus efectos, ni modo de calcularla, ni consta que se realizase ninguna explicación sobre la posibilidad de tener liquidaciones negativas, como así sucedió, ya que en ningún momento las empresas demandantes tuvieron ni una sola liquidación positiva, por ello puede presumirse que Barclays conocía o podía conocer que en el mes de julio de 2008 fecha de la contratación el Euribor alcanzo el 5,393%, momento en el que Barclays coloca las permutas financieras la bajada de los tipos de interés a acorto o medio plazo como lo acredita la propia Asociación Española de Banca, doc. N° 4, es decir Barclays ha transferido a sus clientes su propio riesgo financiero ya que el tipo de interés fijado en los contratos es el 5,28% y el momento en que los contratos surten efectos 19 de octubre de 2009 el Euribor estaba máximo al 2%, la duración del periodo de carencia de los contratos tampoco ha sido explicado satisfactoriamente afirmando la Sra. Cerdon que hasta que no comenzó a funcionar la energía solar no empezaron las amortizaciones, por todo lo anteriormente expuesto queda acreditado que las demandantes incurrieron en un error en el consentimiento a la hora de la contratación, error que es motivado por la falta de información o información parcial proporcionada por Barclays, quien además vendió a las entidades demandante un producto no idóneo al no cubrir específicamente una financiación a tipo variable concreta, con reflejo cierto de la minoración del nominal a medida de que se amortizaban las cuotas del préstamo y con reflejo de los tipos de cada cuota mensual, por dichas razones es procedente estimar la causa de nulidad no solo por incumplimiento de la normativa aplicable al infringir el art° 79 bis de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 de julio modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que



Madrid



Administración
de Justicia

traspone , entre otras, la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, sino principalmente por error en el consentimiento en el demandante al no proporcionarle la información necesaria para que pudiera entender el producto que realmente contrataba ni por tanto de las consecuencia de las bajadas de los tipos de interés ni la repercusión que estas tendrían, en este caso liquidaciones negativas desde el primer mes de inicio del contrato, ni de los gastos que le ocasionaría la cancelación anticipada del contrato, ni por supuesto el modo de calcularlas, toda esta falta de información por parte del banco determinaron la formalización de unos contratos que de haberse conocido en su integridad, hubiera motivado la no contratación del producto como así explico el Sr. Mieres al manifestar que solo se enteró de tomo conciencia de lo que había contratado cuando le dijeron que iban a tener liquidaciones negativas, conforme dispone el art. 1.261 del Código Civil , los requisitos esenciales para la validez de un contrato son: 1º Consentimiento de los contratantes.2º Objeto cierto que sea materia del contrato.3º Causa de la obligación que se establezca; por su parte, el art. 1.262 establece que "El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato". La nulidad pues, se produciría por la falta de alguno de los requisitos exigidos, o bien porque adoleciera de alguno de los vicios (art. 1.265 "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo), que lo invalidarían con arreglo a la Ley (art. 1300 y 1301 del Código Civil . De acuerdo con el art. 1.266 del mismo Cuerpo Legal "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", en consecuencia es procedente estimar la demanda reconvenzional y por tanto desestimar de la demanda principal, declarando la inexistencia de obligación por parte de las entidades demandantes de asumir la cantidad reclamada por Barclays, quien resolvió anticipadamente el contrato con efectos de 30 de noviembre de 2011, doc. 19 folio 219, cuando ha quedado probado que incumplió con su deber de información sobre el producto contratado no pudiendo por tanto exigir cumplimiento alguno por parte de los demandantes cuando el mismo y previamente no cumplió con su obligación de información, artº 1124 CC, en consecuencia , estimándose la demanda reconvenzional Barclays deberá restituir a la entidades demandantes las siguientes cantidades a SL 24.805,41 euros ; 15.530,33 euros a SL; 26.996,43 euros a SL y; 26.966,43 euros a SL.

CUARTO.- Incurriendo BARCLAYS en mora abonará los intereses legales de la sumas reclamadas desde la fecha en que cada uno de los apuntes negativos fueron practicadas en la



Administración
de Justicia

cuenta de las entidades demandantes hasta la fecha de la sentencia, siendo de aplicación el artº 576 LEC, y los artº 1101, 1108 y 1109 del CC

QUINTO.- En aplicación del artº 394 LEC, las costas se impondrán a la Barclays Bank tanto los correspondientes a la demanda principal como a la demanda reconventional al no apreciarse méritos que indiquen su no imposición.

Vistos los preceptos legales citados y cualquier otro de pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta a instancia de BARCLAYS BANK SA representada por la procuradora D^a. Adela Cano Lantero,, contra 2002 SL; SL; SL Y SL, representada por la Procuradora D^a. Elena Puig Turegano, debo absolver y absuelvo a los demandados de la pretensión ejercitada en su contra.

Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda reconventional interpuesta por SL; SL; SL Y SL, representada por la Procuradora D^a. Elena Puig Turegano contra BARCLAYS BANK SA representada por la procuradora D^a. Adela Cano Lantero, y en consecuencia:

- a) Debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho de los contratos de permuta financiera suscritos entre las partes el día 17 de julio de 2008 confirmados el día 21 de julio de 2008.
- b) Se declara la inexistencia de obligación por parte de los demandantes de asumir cantidad alguna derivada o consecuencia de los mencionados contratos
- c) Se condena a Barclays Bank a restituir a las demandantes las siguientes cantidades: a SL 24.805,41 euros ; 15.530,33 euros a SL; 26.996,43 euros a SL y 26.966,43 euros a SL.
- d) Se condena a Barclays Bank a abonar a las demandantes los intereses legales de las sumas reclamadas desde la fecha en que cada uno de los apuntes negativos fueron practicadas en la cuenta de las entidades demandantes hasta la fecha de la sentencia.

Con expresa condena en costas a Barclays Bank SA

Contra la presente resolución podrán las partes interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, en plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, en la forma y con los requisitos establecidos en el artº 458 LEC.



Administración
de Justicia

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignado dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander, Sucursal 1845, con el número de cuenta 2530-0030-0541-12, consignación que deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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



PUBLICACIÓN.- En Madrid a diecinueve de febrero de 2014. La anterior Sentencia una vez firmada por la Iltrma Sra. Magistrada de este Juzgado ha sido entregada en el día de hoy en esta Secretaria de mi cargo para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma. Expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a los autos, archivándose al original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual, yo el Secretario Judicial doy fe.

SECRETARÍA



Madrid