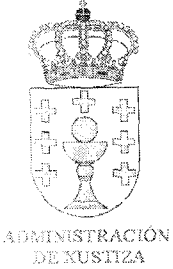




JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1  
OURENSE

24 MAYO 2010

SENTENCIA: 00083/2010



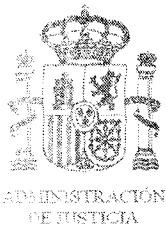
**SENTENCIA NUM. 83/2010**

En la Ciudad de Ourense, a dieciocho de mayo de 2010.

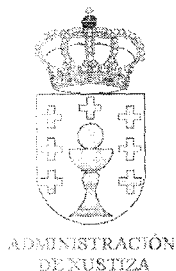
María del Pilar Domínguez Comesaña, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de los de esta ciudad, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 952/2009 promovidos a instancia de la procuradora doña María José Conde González en representación procesal de IMPROMENA S.L.. y con la asistencia letrada de don Juan José Pérez Barreiro contra BANCO SANTANDER S.A quien comparece representada por la procuradora doña María Gloria Sánchez Izquierdo y defendida por el letrado don Eloy Sotelo Novoa. Versan los presentes autos sobre nulidad contractual.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación de la parte actora formuló demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual solicita previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, se dicte sentencia por la que se declare nulo el contrato de permuta financiera de tipos de interés Swap Bonificado Reversible Media, suscrito entre las partes en fecha 23 de abril de 2007 y se condene a la demandada a pagar a Impromena, S.L. la cantidad de 4.717,53 € más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones que se vayan produciendo como consecuencia del contrato hasta la ejecución de la sentencia así como los intereses que legalmente correspondan desde la fecha de la irregular suscripción de los contratos.



Subsidiariamente se solicita que se declare Resuelto el contrato citado con los mismos pronunciamientos de condena. Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.



**SEGUNDO.**- Admitida a trámite la demanda, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que, en el término legal, compareciera en autos asistida de abogado y representada por procurador, y contestara aquélla, lo cual verificó, en tiempo y forma, mediante la presentación de un escrito de contestación a la demanda, arreglado a las prescripciones legales, en el que solicita la desestimación íntegra de la demanda.

**TERCERO.**- En el acto de la Audiencia Previa, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos. Como prueba se propuso documental, interrogatorio de parte y testifical.

El juicio se celebró el día señalado con el resultado que obra en las actuaciones.

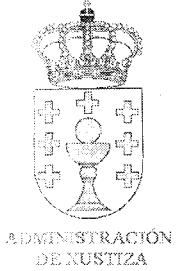
**CUARTO.**- En la substanciación de este juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.**- La actora ejercita una acción personal de carácter contractual a fin de obtener la declaración de nulidad del contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés "Swap Bonificado Reversible Media" suscrito con la entidad demandada el día 23/04/2007 y ello por falta de consentimiento al haber sido prestado el mismo por dolo y/o error debido a la falta de información por parte de la entidad demandada sobre la verdadera naturaleza del contrato suscrito. Se invoca igualmente el carácter de consumidor de la actora en la relación contractual litigiosa y que el contrato ofertado por la entidad bancaria no



se ajusta al perfil de la actora. Subsidiariamente se solicita la resolución del contrato por incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de informar.



La demandada se opone a la acción ejercitada y sostiene que no existe vicio en el consentimiento y que la actora fue debidamente informada de los riesgos del contrato tanto por el director de la sucursal como por un gestor especializado en la materia, don Héctor Castro. Se alega además que el administrador de la entidad actora es titulado superior en Ciencias Económicas y que el tenor literal del llamado documento de confirmación permite conocer la dinámica de la operación, sin que sea necesario ningún otro documento adicional.

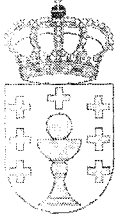
**SEGUNDO.-** Para la resolución de la controversia conviene traer a colación ciertos conceptos relacionados con el contrato cuya nulidad se solicita.

El contrato litigioso se califica por la entidad bancaria como una Permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Reversible Media").

El Swap es un contrato mercantil nuevo y atípico, importado del sistema jurídico anglosajón a fin de satisfacer unas necesidades concretas de los agentes económicos en un mercado financiero de ámbito internacional y en constante evolución. En su versión de SWAP de tipo de interés ( Interest rate swap) se puede definir como un contrato financiero suscrito entre dos partes, usualmente un banco y una empresa (aunque también pueden ser dos empresas), que acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos sobre dicho nominal a un plazo determinado. Tales coeficientes se denominan, como es usual en el mercado financiero, tipos de interés, aunque no son tales, puesto que no existe préstamo del capital acordado que únicamente se fija como quantum de



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

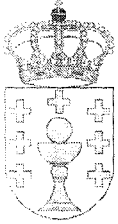


ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

referencia. En el Dictionary of Banking Terms americano se define como un contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable. La finalidad de este contrato es posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las pérdidas que puedan padecer a consecuencia de las fluctuaciones de los tipos de interés, de modo que siendo una empresa prestataria, por ejemplo, a tipo fijo y esperando una próxima caída generalizada de los tipos de interés puede contratar con una entidad financiera un límite o quantum de idéntico importe a su préstamo a interés variable, por un plazo determinado, pactándose que la entidad financiera le pagará los diferenciales en caso de caer efectivamente los tipos; o bien por el contrario, obtener un tipo fijo, cuando se tiene suscrito un tipo variable presumiblemente desfavorable. Se trata de contratos atípicos, pues no están regulados en norma alguna (aunque existen disposiciones especialmente de carácter fiscal que los mencionan). Es un contrato único, que genera diversas relaciones obligatorias. Es un contrato consensual, se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades. Es bilateral, pues genera obligaciones a cargo de ambas partes. Es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca o más bien una interdependencia entre las prestaciones de ambas partes, de modo que cada una actúa como contravalor de la otra. Es un contrato de duración continuada que no se agota en la realización de una sola prestación, sino que abarca sucesivas prestaciones que se van materializando a través del tiempo de vigencia del contrato. En su modalidad Interest rate swap, reviste un innegable carácter aleatorio, lo que ha permitido a algunas sentencias calificarlo como un contrato especulativo; aunque, la finalidad esencial de la permuta financiera no es la de especular sino, como hemos visto, la de mejorar la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección frente a fluctuaciones de los mercados financieros. Es un contrato en el que ha de existir un equilibrio de las



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



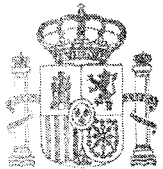
ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

prestaciones ya que ambas partes se hallan sometidos a idénticos y recíprocos riesgos e incertidumbres.

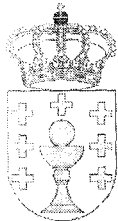
Junto a los SWAP existen en los mercados financieros otros productos o servicios nuevos que se conocen como Derivados Financieros, a través de los cuales las empresas tratan de cubrir el riesgo de pérdidas derivadas de las fluctuaciones del tipo de interés. Entre estos contratos destacan los CAP, FLOORS, COLLARS... Todos ellos son opciones sobre tipos de interés. Los Cap y los Floors son operaciones simétricas. Su traducción es la de techos para el caso de caps y de suelos para los floors.

Aquí nos interesa centrarnos en los CAPS. Un cap es una opción de tipo de interés por la cual, una de las partes, compradora, se obliga a pagar a la otra, vendedora, una prima y la contraparte se obliga frente a ella a que, en el supuesto de que en una fecha futura, previamente pactada por las partes, el tipo de referencia excediera del tipo CAP fijado, el vendedor pagará al comprador una cantidad que se calculará de acuerdo a lo pactado. Normalmente es una opción contratada con una institución financiera, que actúa como vendedora, y que posibilita al cliente comprador, mediante el pago de una prima, fijar el coste máximo de una deuda emitida a tipo variable, de forma que si el tipo de interés sube, la deuda emitida por la empresa nunca le costará por encima del tipo máximo fijado en el CAP, siendo la institución financiera vendedora la que abona la diferencia entre el tipo de interés de mercado y el tipo fijo fijado en el CAP. El CAP actúa para el cliente como una especie de póliza de seguro a largo plazo que le protege frente a la subida del tipo de interés de sus pasivos a tipo variable.

Expuesto lo anterior estamos en condiciones de analizar la naturaleza del contrato suscrito entre las partes.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

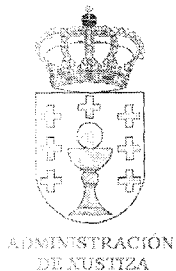


ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Aunque en la Confirmación del contrato se habla de Permuta Financiera de Tipos de Interés (Swap Bonificado Reversible Media) en realidad el contrato suscrito entre las partes no es propiamente un swap sino un combinado (y así específicamente se indica en el párrafo tercero de la página 1 de la confirmación), entre swap y un cap en el que el banco asume la posición de comprador y el cliente la de vendedor, por lo que es en realidad el cliente quien asegura a la entidad bancaria frente al riesgo de una bajada del tipo de interés, asegurándole la percepción de un interés fijo (el tipo fijo pactado) y en el que además el banco no paga al cliente ninguna prima, sino que teóricamente dicha prima se aplica a reducir el tipo fijo de la operación, sin que en el contrato figure información alguna que permita al cliente conocer el importe de la prima o cuál sería el tipo fijo de la operación sin la venta del cap...Además en el contrato swap se fija un tipo barrera (knock-In), por encima del cual no existe en realidad flujo de intereses ya que el cliente devuelve al banco el importe íntegro de las liquidaciones que éste le abonó.

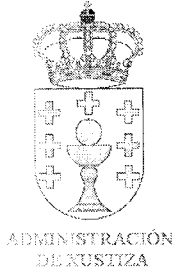
Es decir se ha creado un contrato a medida de las necesidades de la entidad bancaria, desvirtuando la naturaleza y la finalidad originaria de unos contratos creados para posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las pérdidas que puedan padecer a consecuencia de las fluctuaciones de los tipos de interés.

Tras un estudio detallado del Anexo incorporado a la Confirmación del contrato y teniendo en cuenta las explicaciones vertidas en el acto del juicio por el testigo don Héctor Castro (gestor de la entidad bancaria experto en estos contratos), con el producto contratado la empresa únicamente se protege frente a una subida del tipo de interés comprendida entre un 4,48 y el 4,75 ( en el periodo que va de mayo de 2007 a mayo de 2008); entre un 4,65 y un 4,95 ( en el periodo que va desde mayo de 2008 a mayo de 2009) y entre un 4,75 y 5,15 ( en el periodo que



va entre mayo de 2009 a mayo de 2010). Es decir, se protege frente a fluctuaciones del tipo de interés de un 0,27 % y un 0,35%. Si la subida del tipo de interés es superior, la empresa no queda protegida ya que, aunque el banco trimestralmente le abone el Euribor 12 M, el cliente tendrá que abonarle anualmente la media del Euribor 12m; es decir tal y como indicó don Héctor, el cliente le devuelve al banco las cantidades ingresadas en las liquidaciones trimestrales. En cambio si el Euribor baja por debajo del Tipo barrera pactado en el contrato, en virtud del CAP que la empresa vendió al banco, el banco percibe de su cliente siempre el tipo fijo pactado, es decir el 4,48 % en el primer periodo, el 4,65% en el segundo y el 4,75 en el tercero. El contrato es claramente favorable a la entidad bancaria. No existe un equilibrio entre el riesgo que asume el banco (fluctuaciones entre un 0,27 % y un 0.35%) y el que asume el cliente ( fluctuaciones del Euribor entre un 0 y un 4.48%, en el mejor caso) y ello prescindiendo de que el contrato se concertó en una época en la que las entidades bancarias tenían conocimiento de la tendencia del mercado a la bajada del tipo de interés. Se ha roto el equilibrio del contrato en perjuicio del cliente, lo que convierte al contrato en su conjunto en abusivo y nulo por aplicación de la normativa tuitiva del consumidor, ya que la actora tiene en el contrato litigioso la condición de consumidor (tanto al amparo de la ley 26/84 como al amparo de la actual ley de defensa de los consumidores Ley 1/2007) y por aplicación de la ley 7/98 de 13 de abril sobre Condiciones generales de la contratación( en vigor en la fecha de celebración del contrato) en cuyo preámbulo se definen como abusivas aquéllas cláusulas que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales.

Ha de indicarse además que en el supuesto de autos se ha producido una frustración del fin del contrato ya que la finalidad del mismo no era especulativa, sino proteger a la actora frente al riesgo de pérdidas derivadas de una subida del



tipo de interés al tener en su pasivo operaciones de crédito a interés variable y el producto ofertado por la entidad bancaria y finalmente contratado resultar inidóneo para tal finalidad, es más en la práctica supuso un mayor endeudamiento de la empresa ( lo que en todo caso permitiría resolver el contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 1124 del código civil, dado su carácter sinalagmático). El que la finalidad del contrato era esta, ni siquiera fue discutida por la parte demandada y en todo caso se infiere de los siguientes hechos: la correlación entre la fecha del contrato de permuta y el otorgamiento de un póliza de crédito a la actora por parte de la demandada apenas un mes antes y fundamentalmente del hecho de que el capital de referencia para los cálculos se fijó en función del riesgo financiero total de la empresa.

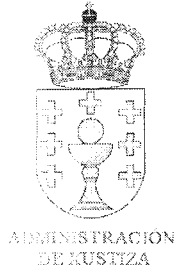
**TERCERO.-** Sin necesidad de acudir a la legislación tuitiva de los consumidores, el contrato habría de ser igualmente anulado por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1261, 1265, 1266 y 1300 del código civil al apreciarse vicio en el consentimiento contractual prestado por la actora.

En efecto, para que el consentimiento sea válido, ha de ser un consentimiento informado. Es decir el contratante ha de haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye, así como de los derechos y obligaciones que en virtud del contrato adquiere. Para ello es fundamental la fase de negociación precontractual, en la que cada uno de los contratantes ha de poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado de tal suerte que si el contrato llega a perfeccionarse lo haga convencido de que los términos en que aquél se concreta responden a su voluntad negocial.

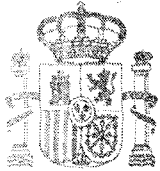
Si este deber de suministrar información es inherente a cualquier negociación incontractando, conforme a los postulados de la buena fe contractual ( art. 7 del CC), adquiere en la



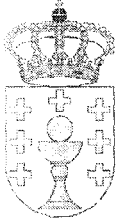
contratación bancaria y con las entidades financieras en general un carácter de obligación legal por la complejidad y por la posición de superioridad que en la contratación ostentan las entidades bancarias y financieras frente a sus clientes.



En los últimos años, se han dictado disposiciones que establecen códigos y normas de conducta de las entidades bancarias que tienden a proteger al cliente tanto en la fase precontractual, mediante mecanismos que garanticen la transparencia del mercado y la adecuada información, como en la fase contractual, mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio en las prestaciones. Así la Ley de Mercados de Valores de fecha 28 de julio de 1988, vigente en la fecha de celebrarse el contrato litigioso, y que expresamente incluía en su ámbito de aplicación a las permutas financieras cuyo objeto sean los tipos de interés, imponía a la entidad un deber de comportamiento diligente y transparente en interés de su cliente y de asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos. Por su parte el R.D 629/1993, de 3 de mayo, también vigente en la fecha del contrato, incorporaba como Anexo un código general de conducta en los mercados de Valores que si bien iba dirigido a proteger al cliente en su faceta de inversor, resulta plenamente aplicable al supuesto de autos. En dicho anexo se establecía la obligación de las entidades de proporcionar a sus clientes información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata a fin de evitar malentendidos. Esta obligación abarca a todos los clientes, si bien ha de ser cumplida con mayor exigencia cuando se trata de clientes minoristas y no profesionales.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



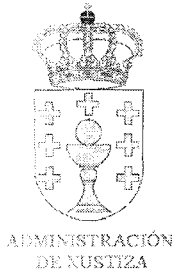
ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Dada la peculiaridad, complejidad y en muchas ocasiones carácter novedoso de algunos productos bancarios, la omisión por parte de la entidad bancaria en el suministro de información o el carácter deficitario de la suministrada conlleva que el cliente haya adquirido una noción incorrecta del producto y del coste económico que el mismo le va a suponer, por lo que el consentimiento prestado nace viciado y permite anular el contrato si el error recae sobre elementos esenciales del contrato; sin que pueda invocarse, como hace la demandada, la omisión por parte del cliente de la diligencia contractual exigible, es decir que el error es inexcusable, ya que la propia complejidad de los productos que las entidades diseñan y ofrecen a sus clientes hacen difícil que el cliente minorista pueda con una diligencia media o regular vencer el error.

En el supuesto de autos del resultado de la prueba practicada ha de concluirse que la entidad demandada no ofreció a través de sus empleados una información clara, precisa, correcta y sin omisiones significativas sobre el producto contratado. Así aunque en el escrito de contestación a la demanda se indica que el actor fue informado por un gestor especializado en la materia, don Héctor Castro, de la declaración testifical tanto del propio don Héctor como de don Oswaldo Ogando, director de la sucursal, se deduce que fue don Oswaldo quien ofertó el producto a la actora y quien le informó de sus características y que don Héctor no conoció al actor hasta un año después de contratado el producto, cuando se cargó la primera liquidación a cargo del cliente y ésta arrojó un saldo negativo. Fue entonces cuando el cliente pidió explicaciones y entonces el director de la sucursal solicitó la presencia de don Héctor a fin de que explicase al actor el funcionamiento del producto. De aquí se deduce claramente que el cliente no conocía los riesgos del producto, ya que de conocerlos no le sorprendería la liquidación negativa y que don Oswaldo no pudo suministrar al actor una información detallada sobre el producto, pues él mismo no entendía claramente su

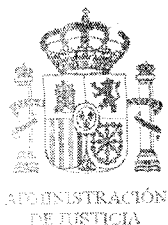


funcionamiento. En el acto del juicio don Oswaldo manifestó que sí informó a la actora de los riesgos de la operación; sin embargo al ser interrogado por la defensa de la actora manifestó que el producto era beneficioso para el cliente si el tipo de interés subía por encima del 4,75 % , lo cual ya se ha tenido ocasión de explicar que no es cierto, y no supo indicar que ocurría si el tipo de interés bajaba del 4,75%.

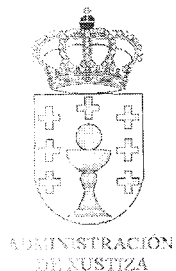


Tampoco la redacción del llamado documento de confirmación de permuta permite conocer al cliente los riesgos reales del producto ni su coste económico. Ni en el documento ni en su anexo se describen los riesgos para el cliente y únicamente se limita a exponer un escenario en el que lacónicamente se habla de que el resultado positivo o negativo de la estrategia ( sin indicar para quien) depende de si no se supera el nivel de referencia del comportamiento durante el período anual del Euribor 12 m de las fechas de fijación respecto al tipo fijo o si se supera el nivel de referencia, del comportamiento comparativo del euribor 12 M de las fechas de fijación respecto a la media aritmética del Euribor 12M del inicio de cada periodo de cálculo trimestral. Además, ni siquiera se ha acreditado, que la entidad bancaria puso a disposición del cliente el documento comentado con antelación suficiente a su firma a fin de que pudiese analizarlo como era su obligación. Es cierto que en el documento de confirmación se indica que las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación y que cada parte actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo; no obstante, no ha de olvidarse que estamos en presencia de un contrato de adhesión, redactado íntegramente por la entidad bancaria por lo que resulta obvio que dicha cláusula no acredita la existencia de un consentimiento libre y válidamente emitido.

Por último ha de indicarse que la condición del administrador de la actora de licenciado en ciencias económicas



no es suficiente para excluir el error, ya que el actor según ha manifestado ( y no consta prueba en sentido contrario), se licenció hace casi veinte años y nunca se ha dedicado profesionalmente a la actividad económica.



A la vista de todo lo expuesto procede estimar íntegramente la demanda y declarar el contrato nulo con los efectos previstos en el artículo 1303 del código civil.

**CUARTO.-** Las costas se imponen a la parte demandada, art. 394 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos

### **F A L L O**

Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora doña María José Conde en representación de IMPROMENA, S.L. contra BANCO DE SANTANDER, S.A., declaro nulo el contrato de permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Reversible Media") suscrito entre las partes el día 23/04/2007 y en consecuencia se condena a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad de 4.717,53 € así como las cantidades que desde la fecha de la demanda y hasta la fecha de esta sentencia se carguen al cliente a consecuencia de las liquidaciones practicadas en virtud del contrato litigioso así como los intereses legales de las cantidades cargadas desde la fecha de los respectivos cargos.

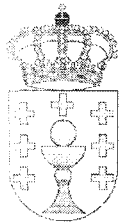
Las costas se imponen a la demandada.

Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Ourense. El recurso deberá de prepararse ante este mismo Juzgado en la forma indicada en el artículo 457 de la LEC dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la



sentencia. Se indica a la parte demandada que no se admitirá a trámite el recurso si al interponerlo no acredita haber constituido el depósito de 50 € que para recurrir exige la disposición adicional décimo quinta de la LOPJ.

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



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dictó hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.

#### NOTA INFORMATIVA.-

Por exigirlo así la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **la interposición** de recurso contra la anterior resolución **exige la constitución del depósito de 50 Euros mediante ingreso en efectivo**, en cualquier sucursal del Banesto, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, **expediente 952/09**.

**El depósito** de la expresada suma **deberá acreditarse al preparar el recurso de apelación**, a cuyo escrito **se adjuntará copia del resguardo o de la orden de ingreso**, sin cuyo requisito no será admitido a trámite.

**Están exceptuados** de la obligación de constituir el depósito **quienes tengan reconocido el derecho a asistencia jurídica gratuita**.