



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN
NÚMERO 2 DE LALÍN (PONTEVEDRA)**



Procedimiento: juicio ordinario número 423/09

SENTENCIA

Lalín, 1 de septiembre de 2010

Vistos por mí, doña María Cecilia López Vázquez, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Lalín y su Partido Judicial, los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 423/09, en el que han intervenido como demandantes U. [redacted] S.L. y U. [redacted], S.L., representadas por la procuradora doña María del Carmen Fernández Ramos y defendidas por el letrado don Juan José Pérez Barreiro y como demandado Banco Santander, S.A., representado por la procuradora doña María José Blanco Mosquera y defendido por el letrado don Ignacio González Pereira

I-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 9 de junio de 2009 se turnó a este juzgado, la demanda presentada por la procuradora y en la representación antedichas y acompañada de los documentos que se tuvieron por oportunos, demanda de juicio ordinario contra el también arriba referenciado por la cual y con apoyo en los hechos y fundamentos de derecho que en la misma se tuvo por oportuno exponer, suplicaba que, previos los trámites legales, se dictase sentencia en los términos interesados en el suplico de la demanda.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Llévese el original de esta resolución al libro de sentencias de este juzgado, sacando previamente testimonio literal de la misma para su unión a los autos.

Así lo acuerdo, mando y firmo.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por auto de 20 de octubre de 2009 de este Juzgado y emplazado el demandado, se persona en tiempo y forma y deduce contestación a aquélla, acompañada de los documentos que tuvieron por oportuno aportar, interesando que, tras los trámites procesales pertinentes, se dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, se absuelva a mi mandante y se impongan a las actoras las costas de este procedimiento.

TERCERO.- Señalada la audiencia previa al juicio para el día 18 de mayo de 2010, con citación de las partes, las personadas comparecieron al acto en legal forma, manifestando la imposibilidad de llegar a un acuerdo. No planteándose cuestiones procesales ni alegaciones complementarias que consten en las actuaciones, ni impugnándose los documentos que acompañaron con los escritos iniciales, se fijaron judicialmente los hechos pacíficos y controvertidos en los términos que constan en autos.

Recibido el acto a prueba, la actora interesó la reproducción de la documental aportada con la demanda, más documental que aporta en el acto y la testifical de don Alberto Gómez y don Ramón Marque. La demandada interesó la reproducción de la documental aportada con la contestación, más documental que aporta en el acto, el interrogatorio de los demandantes y la testifical de don Héctor Castro, don Alberto Gómez y doña María Lorena Marrozos. Admitida toda la prueba propuesta, se cerró el acto convocando el juicio para el día 17 de junio de 2010.

CUARTO.- Llegado el día señalado para el juicio se abrió la vista con la comparecencia en forma de las partes y acto continuo se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, con el resultado que obra en las actuaciones. Por último, las partes concluyeron ratificándose en sus respectivas pretensiones iniciales, tras lo cual se cerró el acto, quedando el pleito visto para sentencia.

II-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la actora una acción de nulidad, con las correspondientes consecuencias indemnizatorias, de los siguientes contratos:

1. Contrato de permuta financiera de tipo de interés "swaps bonificado reversible media" suscrito entre U , S.L. y Banco Santander, S.A., con fecha 25 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

2. Contrato de permuta financiera de tipo de interés "swaps flotante" suscrito entre U , S.L. y Banco Santander, S.A., con fecha 25 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008. Con carácter alternativo, la actora ejercita una acción de resolución de los contratos referidos anteriormente, con las consecuencias indemnizatorias procedentes.

Todo ello en base a la existencia de un vicio del consentimiento por falta de información sobre el objeto de los contratos celebrados, la existencia de dolo y la falta de formación del personal de la entidad contratante.

A ello se opone la parte demandada, alegando que las actoras conocían las operaciones bancarias concertadas, habiéndose celebrado los contratos de forma libre y voluntaria.

SEGUNDO.- En el presente caso, nos encontramos ante el denominado contrato de permuta en su modalidad de permuta de tipos de interés (swaps). Es un contrato atípico pero lícito al amparo del artículo 1255 del Código civil y 50 del Código de comercio, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral y, por lo tanto, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático, en el sentido de que existe una interdependencia de prestaciones, actuando cada una como causa de la otra, y de duración continuada. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real, los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada parte contratante, denominados tipos de interés, 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, es preciso destacar que este tipo de contratos, en cuanto 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 del Código civil (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 su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

En resumen diremos que en este tipo de contratos nos hallamos ante productos financieros complejos, difíciles de entender para la mayoría de la gente, que, por lo demás están diseñados de tal forma que no cubren el riesgo de fluctuación de los tipos de interés (sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de enero de 2009, de la Audiencia



Provincial de Jaen de 27 de marzo de 2009, de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de abril de 2010, entre otras).

TERCERO.- Concretada la naturaleza de los contratos objeto de la litis ha de resolverse acerca de la pretendida nulidad por vicio en el consentimiento, al concurrir error fundado en la infracción, por la entidad bancaria, del deber de proporcionar al cliente la adecuada y suficiente información acerca del producto contratado.

El derecho de 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, 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.

A este respecto ha de precisarse que, dada la fecha de concertación de los contratos objeto de la litis (los dos primeros de fecha 25 de mayo de 2007 y los dos siguientes concertados el 10 de junio de 2008), a los primeros les sería de aplicación la ley 26/1984 de 19 de julio general para la defensa de consumidores y usuarios y los segundos se rigen por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre que deroga la ley anteriormente referida. En aplicación de ambas normas las aquí demandantes no tienen la consideración de consumidores. Así, durante la vigencia de la ley 26/84 el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de diciembre de 2005, entiende que el artículo 1 apartados 2 y 3 de dicha ley delimita el ámbito subjetivo de la misma, atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quién demanda frente a quién formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta, excluyendo de la consideración de consumidor a quienes se sirven de tales prestaciones para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios. Conforme a lo expuesto y dado que las entidades actoras ejercen una actividad mercantil y las operaciones contratadas lo son en beneficio de su actividad, no pueden ser consideradas como consumidores, careciendo, por lo tanto, del amparo de los derechos concedidos en la normativa protectora de las personas en quienes concurre dicha condición.

La cuestión es más evidente con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, aplicable a los contratos concertados en fecha 10 de junio de 2008, pues, el mismo



considera como consumidor o usuario al destinatario final de los bienes o servicios al conceptuar como tal a toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a una actividad profesional o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación de terceros.

Ahora bien, la ausencia, en las entidades y , de la condición legal de consumidores no excluye la procedencia de un singular amparo de las mismas en su contratación, como clientes, con el Banco demandado, con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación.

Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 48.2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, 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.

Del mismo modo, en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su artículo 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus artículos 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, 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.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, pero de aplicación al caso, 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 la atención adecuados para encontrar los 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 la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

CUARTO.- Realizada la exposición anterior ha de decidirse sobre la concurrencia o no del error y la respuesta ha de ser positiva.

Para llegar a dicha conclusión ha de partirse de que en relación con el “onus probandi” del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es preciso señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de los clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (sentencias de la Audiencia provincial de Valencia de 26 de abril de 2006, de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de abril de 2010, entre otras).

La conclusión antes dicha viene determinada por los siguientes hechos que se estiman probados a raíz de la prueba practicada en el acto del juicio:

- el cliente del Banco es una entidad dedicada a la distribución de carburantes que con la celebración de los contratos objeto de la litis pretendía protegerse de las fluctuaciones del mercado;

- el Banco tomó la iniciativa de la cancelación del contrato vigente y su sustitución por otro con distintas condiciones, presentándolo a la firma del cliente, asumiendo con ello cierto



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

papel de gestión de los intereses del cliente, esta actuación coloca a la entidad bancaria en una situación de preeminencia frente al cliente, carente de la estructura que posee el Banco para valorar la oportunidad de mercado;

- el demandado debía ofrecer una información relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, pues, 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 su interés. Dicha información no queda acreditado que se realizara, pues, don Alberto Gómez manifiesta que "no recuerda haber dejado folletos informativos" y que "les dejó el contrato a los clientes, firmándose el mismo 3 o 4 días más tarde, contrato que llevaba una simulación". Ahora bien, ello no satisface la información clara y precisa que la entidad bancaria estaba obligada a suministrar a las actoras, de tal manera que el demandado debía ofrecer a las entidades demandantes un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indicaran las características principales sin omisiones significativas, lo cual no ocurrió en el presente caso, actuando, pues, el Banco en contra de los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros, asimismo, se estima demasiado escaso el período de tiempo en que el cliente tuvo a su disposición el contrato para proceder a su examen, así como para obtener el asesoramiento externo adecuado y que la entidad bancaria omitió, en cuanto a la simulación no es suficiente para cumplir el deber de diligencia exigible al Banco la entrega de dicha simulación al cliente, sino que la misma debe ser realizada y explicada por la entidad bancaria que es quien conoce el mercado así como los detalles de la operación, resultando especialmente dificultoso a la clientela tradicional comprender el alcance económico que, en determinadas circunstancias, pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento.

Respecto a la influencia de la falta de información referida en orden a la posible apreciación de un vicio del consentimiento en las actoras determinante de una situación de nulidad contractual, es preciso recordar que el artículo 1266 del Código civil determina que para que el error invalide el consentimiento el mismo debe 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 definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio. Requiriéndose, además, que sea excusable, esto es, no imputable a quién lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quién ha



padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002, de 24 de enero de 2003, de 12 de noviembre de 2004, de 17 de febrero de 2005, de 17 de julio de 2006, entre otras).

Pues bien, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba obligado a proporcionar, acerca de las características de los productos contratados, así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, de acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en las demandantes sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1300 y siguientes del CC, procede declarar la nulidad de los contratos objeto del presente procedimiento, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes del modo indicado en la parte dispositiva de la presente resolución, lo que comporta la estimación íntegra de la demanda.

Las actoras ejercitan, con carácter alternativo, una acción de resolución de los contratos sobre los que versa el presente proceso, ahora bien, la estimación íntegra de la acción de nulidad determina que no proceda pronunciarse respecto de la acción alternativa, pues, la acumulación alternativa de acciones tiene por objeto formular varias pretensiones a fin de que el órgano judicial condene solamente a la satisfacción de una de ellas.

QUINTO.- La parte actora, en el suplico de la demanda reclama el abono de los intereses que legalmente correspondan desde la fecha de la irregular suscripción de los contratos.

La parte demandante reclama los intereses legales de forma genérica, siendo reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que tiene establecido que en materia de intereses cabe distinguir entre los intereses moratorios de los artículos 1100 y 1108 Cc, que requieren petición de parte, y los intereses legales procesales del artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento civil (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1997, de 16 de mayo de 2002, 26 de junio de 2002, entre otras), por lo tanto, los intereses moratorios por su carácter indemnizatorio exigen para su reconocimiento en sentencia, la petición de parte, por lo que, en el presente caso, y ante la petición genérica de intereses legales no procede la condena de los intereses moratorios.



SEXTO.- En materia de costas es de aplicación el artículo 394.1 LEC que determina que "en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones", por ello procede la imposición de las costas a la parte demandada, Banco Santander, S.A.

Vistos los preceptos legales y demás de pertinente y general aplicación

III-FALLO

Que estimando íntegramente la demanda presentada por la procuradora doña Cristina Alaejos Guinea en nombre y representación de _____, S.L. y _____, S.L. contra Banco Santander, S.A. **DEBO DECLARAR Y DECLARO** nulo el contrato de permuta financiera de tipos de interés "swpas bonificado reversible media" suscrito entre _____, S.L. y Banco Santander, S.A. con fechas 25 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008 y el contrato de permuta financiera de tipos de interés "swaps flotante" suscrito entre _____, S.L. y Banco Santander, S.A. con fechas 25 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008 y, asimismo, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a Banco Santander, S.A. a que abone a _____, S.L. la cantidad de seis mil setecientos sesenta y un euros con treinta y siete céntimos (6.761,37 euros) más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de riesgos financieros hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas a la actora y **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a Banco Santander, S.A. a que abone a _____, S.L. la cantidad de dieciocho mil novecientos treinta y un euros con ochenta y cinco céntimos (18.931,85 euros) más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de riesgos financieros hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas a la actora.

Todo ello con imposición de las costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se hará saber que la misma no es firme, y durante los cinco días siguientes a la notificación, podrán preparar ante este mismo juzgado, recurso de apelación, del que conocerá, en su caso, la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra.