

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 6
 C/ Párroco Hernández Benítez nº 10
 Telde
 Teléfono: 928 13 87 36
 Fax.: 928 13 87 25

Procedimiento: Procedimiento ordinario
 N° Procedimiento: 0001297/2010

NIG: 3502641120100008906
 Materia: Sin especificar
 Resolución: Sentencia 000087/2011

Intervención:
 Demandante
 Demandado

Interviniente:
 S.L.
 BANCO DE SANTANDER S.A.

Procurador:
 ROBERTO PAISER GARCÍA
 FRANCISCO MONTESEDEOCA SANTANA

JO 1297/10

Doña M^a de los Ángeles Zabala Sanz, Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Telde y su partido HA PRONUNCIADO la siguiente

SENTENCIA

En la ciudad de Telde, a 28 de marzo de 2011; habiendo visto y oído los presentes autos de juicio ordinario, tramitado ante este Juzgado bajo el número 1297/10, y entre las partes, como demandante la entidad S.L., representada por el procurador de los tribunales don Roberto Paiser Garcia y asistido por la letrada don Ignacio Vazquez y como demandada la entidad Banco Santander S.A representada por el procurador don Francisco Montesdeoca Santana y asistido por el letrado don Ernesto Benito Sancho, sobre acción de declarativa de nulidad contractual y de reclamación de cantidad y;

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por parte actora se presentó en fecha 2 de noviembre de 2010, en el Decanato, demanda declarativo ordinario contra la indicada demandada, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, concluyó con la súplica al Juzgado de que tras los trámites oportunos se dictase sentencia por la que se declare la nulidad del contrato confirmación Swap Ligado a inflación aportado como documento 28, dejándolo sin efecto alguno ab inicio y por tanto se condene a la entidad demandada a la devolución a esta parte de 15.598,62 euros, más los intereses moratorios correspondientes, así como al abono de las costas procesales.

Segundo: Admitida a trámite y emplazado el demandado compareció y contestó a la demandada interesando la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas, por escrito de fecha 13 de diciembre de 2010.

Tercero: Convocada las partes a la correspondiente audiencia previa, se ratificaron las partes en sus respectivos escritos, e interesaron el recibimiento del pleito a prueba. Por la actora se propuso los siguientes medios de prueba: testifical y documental. Por la parte demandada: interrogatorio del actor, documental, testifical y practicándose el resto de las pruebas con el resultado que obra en autos.

Cuarto: Celebrado el acto de juicio en el que se practicaron los medios de prueba admitidos, la parte demandada formuló sus conclusiones resumiendo los medios de prueba practicados.

Quinto: En la tramitación del presente pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero: Por la parte actora se alega que a la hora de renovar una póliza de crédito por parte del Banco a don J se ofertó una operación de Confirmación Swap Ligado a Inflación de fecha 30 de julio de 2008, firmando él mismo a la espera de presentarlo ante el resto de los administradores mancomunados, documento 26.

Posteriormente se acordó por los administradores de la sociedad que no era adecuado para dicha entidad y se comunicó verbalmente al banco, no firmándose la póliza. El 30 de julio de 2009 el Banco Santander cargó en la cuenta 0049-0359-98-2516227526, titularidad de la actora un importe de 15.598,62 euros correspondiente al parecer a una cuota de tal operación. Continuando con las alegaciones de la actora, la entidad demandada había solicitado por medio de mails de fechas 27 y 29 de noviembre de 2008, la firma de un segundo administrador, mancomunado, para poder perfeccionar el contrato y enviarlo a la central de Madrid para formalizarlo, documentos 27 a 32. Así mismo consta que la auditoría de S.L, la mercantil S.L le reclamó al BSCH que emitiera un informe de las posiciones de la actora, emitiéndolo el 31 de diciembre 2008, únicamente tenía un crédito personal a tipo variable por importe de 187.704,86 euros y un Préstamo Pymes ICO-IV, tampoco ha girado el año 2010, el importe correspondiente al ejercicio 2010, documentos 33 a y 33b

El Santander contesta indicando que el Sr. era el administrador que normalmente representaba a la actora con el Banco y era por tanto un administrador de hecho o notorio, así mismo indicó que la demandada no contestó a sus comunicaciones para que formalizaran el mencionado contrato, esperando más de un año al resultado de la operación para saber si era interesante sancionar formalmente el contrato. Siendo dicha persona la que firmó el test idoneidad y que al no estar los tres socios en la misma Isla se acordó que todas las operaciones se realizaran a través de correo electrónico o fax a Mª I. A L

Para esta Parte, la primera vez que la actora muestra su disconformidad es el 24 de noviembre de 2009, cuando ya se veía que no resultaba rentable el producto, y tras tres meses del cargo efectuado. EN julio de 2008 acudieron al Santander don Jc y don Ji a fin de explicarles el producto, reconoce que se requirió por tres veces la firma del segundo administrador mancomunado, consistiendo tácitamente en la formalización del producto al no manifestar la actora oposición alguna.

Segundo: El contrato litigioso reviste las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés. Tales contratos SWAP no están regulados en norma alguna, pero al amparo del artículo 1255 del CC y 50 y siguientes del Cco, nada impide que sea admitido en nuestro derecho siempre que su clausulado respete los principios y normas generales de contratación. Según la doctrina científica el IRS (interest rate swap) conocido en la práctica como SWAP, es un acuerdo por el que las partes, banco prestamista y cliente prestatario, normalmente se comprometen a intercambiar en unas fechas prefijadas unos flujos periódicos consistentes en aplicar un tipo de interés a un nominal. En la mayoría de ocasiones el tipo aplicado a los pagos de una parte es fijo mientras que el de la otra suele ser variable. En definitiva el comprador-cliente paga fijo y recibe variable con lo que asume el riesgo de bajada de tipos de interés mientras que el vendedor se arriesga si sube ese tipo de interés. Por tanto se trata de un contrato bilateral, oneroso, atípico y con un evidente contenido aleatorio en el que reside gran parte de la problemática. Efectivamente: EL contrato depende de una circunstancia aleatoria cual es la fluctuación del mercado





financiero y en concreto las variación de los tipos de interés generalmente con referencia al Euribor u otro índice semejante, en este caso la inflación. Si el tipo de interés evoluciona al alta, el vendedor del productor, banco abona la diferencia al cliente. Pero si experimenta la variación a la baja es el banco quien resulta acreedor. Según la doctrina científica, el problema surge en que este contrato sobre todo para el público medio, tiene ciertas concomitancias con el contrato de seguro aunque indudablemente no puede entenderse como un seguro a los efectos del art. 1 de la Ley del Contrato de Seguro. La idea global que percibe el cliente es que compra un seguro por el que el banco le garantiza que una subida de los tipos de interés o la inflación como este supuesto no le afectará si concierne este producto.

El Banco de España, como órgano de supervisión, inspección y control de las entidades financieras en resoluciones dictadas respecto de reclamaciones relativas a este tipo de producto financiero ha hecho aportaciones de interés para poder entender la naturaleza de este contrato. En diversas resoluciones de junio de 2009, que han sido resumidas en sentencia de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Zaragoza, los SWAP tienen las siguientes características:

- El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.
- Para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.
- Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de tal manera que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación es contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.
- Entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias puede tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento, es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.
- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias, tales como: a) el hecho de que bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés o de





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

A partir de la caracterización del producto, según el órgano supervisor, así como las normas generales de las obligaciones y contratos se examinará a continuación el fondo del asunto.

Tercero: La parte demandante alega únicamente una falta de perfeccionamiento por no haber firmado al menos dos de los administradores mancomunados, excepcionando el Banco que en realidad el Sr. C era un administrador de hecho o notario.

Cabe señalar que la adecuación del fallo a lo pedido ha de ser sustancial, no siendo precisa una adecuación literal indicando al respecto, por todas, la STS de 22-12-2002 que "es doctrina jurisprudencial -así, Ss. de 29 noviembre 1966, 26 junio 1978 y 1 abril 1987 -, no resulta exigible una conformidad rígida de la sentencia con las pretensiones formuladas en el Suplico de la demanda en su expresión literal sino que han de conectarse con la fundamentación expuesta en ésta y, en definitiva, atender a la esencia de lo solicitado". La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003 con remisión a las de 19 de octubre de 1999 y 4 de mayo de 1999, declara en torno a la incongruencia: "La congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("citra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita, por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla "iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium"

Según reiterada doctrina legal sobre la congruencia esta consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que





constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, Fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible.

Así la actora instó en definitiva que se declarase la ineficacia de los contratos por motivo de la falta de firma de dos de los administradores mancomunados y no por otra causa como pudiera ser error en el consentimiento, o falta de objeto o de causa, por tanto esta Juzgadora no puede entrar como alega la demandada a estudiar dichos puntos.

Cuarto: La doctrina jurisprudencial dictada en interpretación y aplicación del artículo 286 del Código de Comercio, en cuya virtud el factor notorio obliga también al comerciante cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas y los contratos incidan o recaigan sobre el giro, tráfico o actividad propia del establecimiento, responde a la finalidad de proteger a los terceros de buena fe, y exige como presupuesto básico la existencia de una apariencia jurídica que transmita al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado (SSTS, 30 de septiembre de 1960, 2 de abril de 2004, 7 de noviembre de 2005, citadas en la sentencia recurrida, 27 de marzo de 2007, 28 de septiembre de 2007, y 14 de abril de 2009, entre otras).

En el caso de autos no concurre dicha creencia racional habida cuenta que se ha acreditado, que existió una trasgresión de las facultades que habitualmente desarrollaba, pues la representación de la demandante estatutariamente estaba atribuida a dos administradores mancomunadamente si bien es un hecho interno a priori, que, en su caso, conllevará la oportuna responsabilidad en ese ámbito, pero que no puede objetarse frente a un tercero, ajeno a dicha estructura, mas como se decía dicha consideración es a priori toda vez que consta que la entidad demandada sabía que con dicha actuación no se cumplía ese requisito a tenor de lo depuesto por la comercial de la entidad bancaria que depuso en el día de autos y de los requerimientos efectuados por dicha entidad para que firmara el segundo administrador, por tanto ninguna duda tenía la entidad bancaria de la existencia de esa administración mancomunada (criterio a sensu contrario que han seguido las sentencias de las Audiencias Provinciales de Baleares 11 de enero de 1995, Salamanca 14 de febrero de 1995, Sevilla 6 de abril de 1995, Almería 5 de noviembre de 1998, Alicante 21 de abril de 1999, Valencia 15 de octubre de 1999, Zaragoza 18 de febrero de 2000, Madrid 26 de junio de 2001 y Sevilla 30 septiembre de 2009).

Tampoco se trata de un factor mercantil, como argumenta la demandada para mantener la aplicación del art. 286 del Código de Comercio para los supuestos de actuación notoria a cuenta de la sociedad, sin olvidar la ausencia de prueba sobre tal notoriedad, más bien contradicha por el hecho de que la testigo propuesta por la demandada, doña Alba, comercial del banco, que ha reconocido que para formalizar





contratos se requería la firma de dos administradores, constando únicamente la de uno para actuaciones que se referían a meras disposiciones, hecho que se ve corroborado con la certificación del Santander a fecha de 13 de febrero de 2009 dirigida a la empresa Auren Auditores adjuntada con la demanda, en la que consta únicamente dos productos bancarios formalizados con dicho banco, un crédito personal a tipo variable y un préstamo PYMES, no figurando y por tanto no considerando la propia entidad demandada que se hubiera formalizado con validez el contrato objeto del presente procedimiento, así mismo constan diversos mails de fecha 27 de noviembre de 2008 y de 29 de noviembre de 2009 no impugnados por la entidad bancaria en los que se requiere la firma del segundo administrador mancomunado, circunstancia que corrobora lo manifestado por doña Alba en el sentido de que para formalizar contratos bancarios se requería firma de un segundo administrador, no figurando ninguna ratificación expresa o tácita de la entidad demandante y no pudiendo considerar tercero de buena fe al Santander habida cuenta de los correos mencionados enviados por dicha entidad y la testifical indicada, por lo que tenía perfecto conocimiento de que dicho contrato no tenía ninguna validez si no se firmaba por un segundo administrador.

Sentado lo anterior, procede estimar íntegramente la demanda interpuesta y acordar la nulidad del contrato objeto del procedimiento y consecuentemente la devolución de la cantidad reclamada.

Quinto: Conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiese méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad".

Se imponen las costas a la demandada al haber rechazado todas sus pretensiones.

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda presentada por el procurador don Roberto Páiser García en nombre y representación de la entidad

S.L se declara la nulidad del contrato confirmación Swap Ligado a inflación aportado como documento 28, dejándolo sin efecto alguno ab initio y por tanto se condene a la entidad demandada a la devolución a esta parte de 15.598,62 euros, más los intereses moratorios correspondientes, con expresa imposición de costas a la demandada.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación, que habrá de prepararse ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación, depositando 50 euros en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado.

Librese y únase certificación literal a las actuaciones, incluyéndose el original en el Libro de sentencias.

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





PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída y publicada por S.Sª Ilma. en el mismo día de su fecha, hallándose celebrando audiencia pública. Doy fe.

