

MONTESINOS GOZALBO ABOGADOS
Plaza de la Libertad 1 1º 03440 IBI (Alicante)



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2
IBI

Avenida DE LA INDUSTRIA,3
TELÉFONO: 966528326

N.I.G.: 03079-41-2-2009-0001513

Procedimiento: Asunto Civil 000560/2009M

COPIA NOTIFICADA

15 JUN. 2010

AL PROCURADOR

SENTENCIA Nº 83/2010

En Ibi, a 11 de junio de 2010.

Vistos por D. CARLOS J. GUADALUPE FORES, Juez Titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Ibi, los presentes autos de juicio ordinario sobre nulidad contractual y restitución de cantidades, seguidos ante este Juzgado bajo el nº 560/09, a instancias de las mercantiles INDUSTRIA AUXILIAR JUEMA S.L. y MUÑECAS PAOLA S.L., representadas por la Procuradora Sra. Martinez Fons y asistidas del Letrado Sr. Montesinos Gozalbo, frente a BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador Sr. Blasco Pla y asistido de la Letrada Sra. Birlanga Palau.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Procuradora Sra. Martinez Fons, en nombre y representación de INDUSTRIA AUXILIAR JUEMA S.L. y MUÑECAS PAOLA S.L., interpuso en fecha de 7 de julio de 2009 demanda de JUICIO ORDINARIO sobre nulidad contractual frente al BANCO SANTANDER S.A., solicitando una Sentencia que estimando la demanda declare la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y de los contratos de confirmación de permuta financiera suscritos entre las partes, con recíproca restitución de las cantidades ya cargadas/abonadas en aplicación de los mismos, y las que lo sean durante la tramitación del procedimiento, más intereses legales desde la fecha de cada cargo/abono; subsidiariamente, se interesa se declare que la liquidación de los referidos contratos de permuta se efectúen sobre el importe nominal de 200.000 euros en el caso de Industria Auxiliar Juema S.L., y 240.000 euros en el caso de Muñecas Paola S.L., con restitución por el Banco de las cantidades indebidamente percibidas, más intereses legales; todo ello con



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

imposición de las costas del procedimiento a la parte demandada.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada para que en tiempo y forma se personara y contestara a la misma.

Tercero.- El Procurador Sr. Blasco Pla, en nombre y representación del BANCO SANTANDER S.A., presentó escrito de contestación en fecha de 9 de noviembre de 2009, solicitando una sentencia que procediera a desestimar totalmente la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.

Cuarto.- Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa, ésta tuvo lugar en fecha de 1 de febrero de 2010. En la misma, se propusieron y admitieron la prueba documental, interrogatorio de partes y testifical, señalándose para su práctica el día 12 de mayo de 2010. Tras lo cual, se declararon los autos conclusos para sentencia.

Quinto.- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Ejercita la parte actora, con carácter principal, acción de nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y de los contratos de confirmación de permuta financiera suscritos en junio de 2008 entre Industria Auxiliar Juema S.L. y Muñecas Paola S.L. con el Banco Santander S.A., interesando, además de la declaración de nulidad de dichos contratos, la condena simultánea de la parte demandada a restituir las cantidades cargadas en la cuenta de las demandantes, como consecuencia de liquidaciones negativas, así como aquellas otras que se carguen durante la sustanciación del presente procedimiento, más intereses legales desde la fecha de cada cargo. Todo ello con obligación asimismo de las mercantiles actoras de restituir las sumas recibidas como consecuencia de las liquidaciones positivas practicadas en aplicación de los referidos contratos.

Todo ello en base a los arts. 1300 y 1303 CC, en relación con los arts. 1261, 1265 y 1266 CC, la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 24/1988 reguladora del Mercado de Valores, y Real Decreto 217/2008, sobre régimen jurídico de las empresas que prestan servicios de inversión. Al amparo de esta normativa se solicita la declaración de nulidad de los referidos contratos por error en el consentimiento ya que, según se afirma, en ningún momento se explicó al legal representante de las mercantiles actoras el contenido, alcance y consecuencias que la firma de tales contratos podían tener para las mismas.

Se alega por estas mercantiles que, en busca de financiación, solicitaron al Banco Santander una póliza de crédito y una póliza descuento bancario, siéndoles presentados por la entidad bancaria los referidos contratos (CMOF y SWAP) como



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

“documentación previa” que era necesario firmar para la obtención de esa financiación, de modo que no solo no intervinieron en ningún momento en la negociación de estas operaciones sino que se vieron abocadas a firmarlas sin conocer realmente el contenido y alcance de las mismas y, especialmente, el riesgo que asumían en ese momento. Por ello, se mantiene por esta parte que existe error en el consentimiento; error imputable a la parte demandada, que no cumplió su deber legal de información, quebrantando con ello la normativa citada más arriba.

A todo ello se añade por la demandante que nos encontramos ante contratos de adhesión, con una serie de cláusulas oscuras y abusivas que no pueden favorecer a la parte que las ha redactado unilateralmente sin posibilidad de negociación de la contraparte, siendo así que, además, ni siquiera el comercial de la entidad bancaria que presentó los contratos al Sr. Rico Ribera es capaz de explicar parte importante del contenido de los mismos. No se facilitan a la demandante los tests de conveniencia que, según el propio contrato, desaconsejaba a esta parte su suscripción, ni se expresa la fórmula de cancelación de los mismos. Además, tampoco coincide el nominal de estas operaciones con el de las pólizas de crédito y descuento concedidas a las actoras, por lo que se produce un claro desequilibrio en el riesgo que se asumía por éstas.

Por su parte, el Banco Santander se opone a la demanda negando, en esencia, que exista error alguno en el consentimiento prestado por el legal representante de las demandantes al suscribir los contratos que nos ocupan. Se afirma que, en cualquier caso, se trató de una negligencia imputable al mismo, por cuanto que, pudiendo hacerlo, no leyó estos contratos ni efectuó ninguna consulta o petición de asesoramiento al comercial que trató con él. Se asegura por esta parte que, en ningún momento, se condicionó la obtención de la financiación solicitada a la firma de estos contratos, y que el Sr. Rico Ribera conocía los riesgos que asumía, al haberle sido también explicados por el gestor de otra entidad financiera (BBVA); riesgos que afectaban en igual medida a la propia entidad bancaria.

Segundo.- Así las cosas, solicitada la declaración de nulidad de los referidos contratos por los motivos expuestos se hace preciso, en primer lugar, analizar su naturaleza jurídica y la normativa aplicable a los mismos, examinando las garantías que la legislación vigente establece en aras a asegurar la protección del consumidor ante los llamados contratos de adhesión y, en concreto, la observancia del deber de información al mismo.

Según definición doctrinalmente aceptada, el contrato de permuta financiera (swap) es aquel contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras, obligándose a hacerse pagos recíprocos en fechas determinadas, fijándose las cantidades que recíprocamente se han de pagar (swaps) sobre la base de módulos objetivos.

Se trata de un contrato principal, que genera reciprocidad de derechos y obligaciones, oneroso, consensual, aleatorio y de carácter conmutativo, es decir,



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

las partes conocen (o deben conocer) sus obligaciones y deberes, que son equivalentes desde el momento mismo de celebración del contrato. Por tanto, como en todo contrato (art. 1261 CC), constituye requisito esencial del mismo el consentimiento de los contratantes; consentimiento que, para que sea válido, debe ser prestado con conocimiento de las obligaciones y deberes que cada parte asume.

El artículo 1265 CC establece que *será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*, añadiendo el art. 1266 CC que *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*. Según reiterada jurisprudencia para que el error en el objeto o condiciones contractuales principales pueda tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato debe ser esencial e inexcusable, sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se haya podido evitar con una regular diligencia. Así, existe error como vicio del consentimiento (SS. TS. 20.01.64; 20.11.73; 04.01.82) cuando el mismo se ha padecido por un contratante por razones imputables al otro; por ejemplo, cuando el error es debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta del otro contratante, como acontece cuando por razón de la confianza depositada en una entidad bancaria se acepta un producto en la creencia errónea de que no se van a producir pérdidas. El Tribunal Supremo a este respecto, ha declarado que no es necesario que el error esté basado en el dolo o la mala fe del otro contratante, siendo suficiente con que haya sido provocado por la confianza suscitada entre las partes.

Por su parte, el Real Decreto 21/2008, de 15 de febrero, relativo a las empresas que prestan servicios de inversión, regula en sus arts. 60 a 64 los requisitos y condiciones que debe cumplir la información que las entidades que prestan servicios de inversión deberán prestar a sus clientes, incluidos los potenciales, a fin de que la misma sea imparcial, clara y no engañosa, debiendo contener una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. 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. La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales sin indicar también los riesgos, y se presentará de forma comprensible para su destinatario.

Finalmente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre 2007, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, regula en su art. 80 los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, cuales son: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Añade el art. 82 de este Real Decreto que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Examinada la legislación vigente en la materia, procede ahora, con carácter previo a adentrarnos en el estudio de las concretas circunstancias del caso que nos ocupa, exponer la posición adoptada por los Juzgados y Tribunales españoles en supuestos similares. Son ciertamente escasos los pronunciamientos judiciales existentes sobre la materia, a buen seguro por la reciente proliferación de los contratos objeto de litis. Sin embargo, como acertadamente ha señalado la parte actora, destacan principalmente las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Jaén de 27.03.09, y por la Audiencia Provincial de Álava, de 07.04.09.

Ambas resoluciones judiciales vienen a declarar la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y contratos de permuta financiera, con restitución de las cantidades que las entidades bancarias hubieran cargado/abonado a los clientes en aplicación de aquéllos. Y ello por considerar que se produjo un error en el consentimiento, derivado de un incumplimiento por el banco de su deber informativo.

Así, la Sentencia 80/2009 de la Audiencia Provincial de Jaén dice que *consideramos que el Banco Santander Central Hispano S.A. no cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, pues como se dijo no consta que se le hubiera proporcionado al cliente la documentación necesaria, por ser parte integrante del contrato, para conocer el verdadero objeto o contenido del mismo. [...] se exige la clasificación de los clientes a los que se presten servicios de inversión en las nuevas categorías; minorista profesional y contraparte elegible, para adaptar las medidas de protección a los inversores a la clasificación asignada. Así, los clientes minoristas, fundamentalmente todos los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc, reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos. A pesar de ello, el actor, que según los requisitos previstos en el programa que comentamos, tendría la consideración de minorista, no ha sido tratado con las prevenciones exigibles al máximo nivel de protección. [...] desconocía (el legal representante de la entidad demandada) la mayor parte de las menciones técnicas que se contienen en la confirmación de la permuta financiera. Y termina diciendo que aunque no tengan la condición de abusivas las cláusulas que lo integran, por no concurrir los*



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

requisitos del artículo 10 bis de la Ley anteriormente citada, o los del 82 de la vigente Ley reguladora de los Consumidores o Usuarios, lo cierto es que tampoco las cláusulas han sido acordes con la protección que los consumidores merecen, y éste argumento, si bien no determina la nulidad de pleno derecho por abusivas, si contribuye a declarar la nulidad del contrato por el vicio de consentimiento que su inadecuada redacción supone.

La consecuencia obligada de la nulidad que se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (artículo 1303 del Código Civil).

Por su parte, la Sentencia 143/2009 de la Audiencia Provincial de Álava, señala que por mas que leemos las condiciones particulares del contrato no alcanzamos a entender las verdaderas ventajas para el cliente, todo apunta a que es una especie de seguro de cambio para las compras realizadas en dólares, en ningún apartado el contrato habla de perjuicios para el cliente, sin embargo, queda sin explicar en que consiste la acumulación de divisas y el cambio que se practicará a la acumulación semanal. [...] En el mismo acto de juicio el director reconoce que no comprende algunas de las cláusulas del contrato, tampoco pudo explicar la forma en que se liquidó la cuenta al llegar la fecha de la expiración. [...] Las cláusulas del contrato son oscuras, el cliente entendió el contrato tal y como se le explicó por el director de la sucursal pero está claro que la explicación del director no coincidía con los términos del mismo, ni siquiera el Sr. Juan Ramón en el acto de juicio fue capaz de explicar la literalidad del contrato, el cliente quedó en situación de inferioridad, firmó el contrato creyendo que le beneficiaba cuando en realidad no sabía ni podía entender las operaciones que se le iban a realizar a la fecha de la expiración.

Y termina añadiendo que las cláusulas del contrato son oscuras pero es que, además, el banco no ofreció al cliente toda la información necesaria para la comprensión del contrato. La falta de información sobre la esencia del contrato y sus cláusulas, y sobre los posibles perjuicios que podían surgir, es suficiente para concluir que Don Romulo expresó su consentimiento por error, Don Juan Ramón no le explicó toda la verdad, solo le habló de ventajas, no valoró los daños que el contrato podía irrogar, las cláusulas del contrato resultan incomprensibles literalmente, ni siquiera el director de la sucursal pudo explicarlas en un lenguaje mas común y comprensible para el cliente, quizá, como dijo en el acto de juicio Sr. Juan Ramón , él tampoco las comprendía. [...] Por todo ello la Sala considera que el contrato debe ser declarado nulo conforme expresa el art. 1.265, y 1.266 CC. La nulidad del contrato conlleva la devolución de los perjuicios irrogados como consecuencia del mismo que se concretan en las cantidades descontadas en la cuenta corriente de la empresa actora.

Finalmente, solo cabe destacar que las dos sentencias que se acaban de exponer vienen a revocar respectivamente las dictadas en primera instancia por los Juzgados de Alcalá la Real y Vitoria, que habían venido a desestimar las demandas presentadas frente a entidades bancarias, considerando que no se



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

había producido vicio o error alguno de consentimiento, principalmente porque el cliente habría tenido la posibilidad de pedir cuanta información y cuantas explicaciones hubiese estimado convenientes, de modo que la omisión parcial del deber de información no podía dar lugar a la nulidad del contrato.

Tercero.- Sentado lo anterior, corresponde ahora examinar los contratos objeto de la presente litis a fin de decidir, a la vista de la legislación y jurisprudencia menor de la Audiencias Provinciales expuesta, si procede o no declarar la nulidad de los mismos.

A tal fin, se hace preciso valorar principalmente, además de la documental aportada, en especial obviamente los propios contratos que se discuten, la testifical del Sr. [redacted], comercial del Banco Santander que gestionó con el legal representante de las mercantiles actoras la suscripción de los contratos, así como el interrogatorio de partes y, en concreto, la incomparecencia absolutamente injustificada de la Directora de la sucursal bancaria, citada debidamente en calidad de parte.

De la valoración en conciencia del conjunto de estas pruebas debe llegarse a la conclusión de que, efectivamente, se ha producido un error en el consentimiento prestado por la parte actora al suscribir los contratos objeto de procedimiento. Error imputable a un incumplimiento por la demandada de su deber legal de información, y que recae sobre el alcance y contenido de las obligaciones y deberes que asumían las mercantiles demandantes, de modo que afectando dicho error a condiciones sustanciales del contrato que principalmente dieron motivo a celebrarlo (art. 1.265, 1.266 y 1.300 CC), procede declarar la nulidad de aquéllos.

A esta conclusión nos conduce en primer lugar el examen y análisis de los propios documentos contractuales. Una primera lectura de los mismos pone claramente de relieve la complejidad técnica de su contenido, prácticamente imposible de comprender para cualquiera que no sea realmente un especialista en la materia. El propio comercial/gerente de empresas de la entidad demandada, Sr. [redacted] A. [redacted], que precisamente fue quien gestionó la suscripción por las demandantes de los referidos contratos, viene a reconocer expresamente en el acto del juicio que no es capaz, a día de hoy, de explicar parte sustancial del contenido contractual. Así, a preguntas de la contraparte, admite desconocer el significado, por ejemplo, de fórmulas contenidas en el contrato marco de operaciones financieras (doc. 8, página 7, ap. 12.3; página 8), llegando a asumir que en el año 2008, a la firma de estos contratos, su conocimiento sobre los mismos era muy inferior al actual, reconociendo igualmente su participación en diciembre de 2009 en una Conferencia en la que se venía a advertir de los riesgos de este tipo de operaciones y de los riesgos asumidos por muchos particulares que realmente desconocían lo que contrataban (doc. aportado en Audiencia Previa). Admite asimismo que explicó al cliente el contrato poniéndole ejemplos, tales como el de un seguro que pretende cubrir frente a riesgos por la fluctuación del valor del dólar (seguro de cambio), lo que pone de relieve la simpleza y superficialidad de la información suministrada.



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Solo estos datos nos aportan ya elementos suficientes para considerar evidenciado el error producido en el consentimiento prestado por el Sr. Rico Ribera, que difícilmente podía conocer el contenido y alcance de las obligaciones que contraía y los riesgos que asumía cuando, si creemos en la buena fe del Sr. Rico Ribera, ni siquiera éste era consciente totalmente en el año 2008 de estos riesgos. Inconsciencia ésta que se deduce asimismo cuando viene a reconocer que desconocía que el nominal de los contratos de financiación no coincidía con el de la permuta financiera, motivo por el que no explicó al cliente el riesgo evidente que esta circunstancia entrañaba para sus empresas.

Todo esto contrasta además con las cláusulas finales del contrato de permuta financiera, relativa al conocimiento de los riesgos de la operación y a la información y asesoramiento al Cliente (doc. 9, pág. 5). Una mera lectura de estas cláusulas y su puesta en relación con lo manifestado por el testigo Sr. Clayo, pone de relieve la contradicción y perversidad de las mismas. Por un lado se dice que "las partes conocen y aceptan los riesgos, aun cuando no han sido asesoradas por la otra parte". Sin embargo, se señala también que "el cliente ha sido informado por Banco Santander del riesgo que asume" y de que "la operación no es conveniente ni adecuada para él". La contradicción de la letra contractual es obvia, y queda además desvirtuada por lo declarado en juicio por el Sr. Rico Ribera que reconoce, como decimos, no haber advertido de estos riesgos al cliente ni haber leído siquiera estas cláusulas al mismo.

Para salvar esta falta de información, se incorporan unas cláusulas en el contrato que pretenden hacer responsable al cliente de lo que firma y de los riesgos que asume. Sin embargo, esta pretensión resulta inadmisibles una vez acreditado el incumplimiento por parte del Banco Santander de su deber legal de información. En este sentido, no podemos, como pretende la demandada, restar relevancia a este incumplimiento por el mero hecho de que el cliente hubiera debido leer el contrato, pudiendo haber hecho cuantas consultas hubiera tenido por conveniente, las cuales le habrían sido respondidas. Como ya se ha señalado más arriba, las Sentencias de AP Jaén y Álava analizadas vienen a revocar las dictadas por los órganos de primera instancia, que valoraban precisamente esta posibilidad que el cliente había tenido de pedir cuanta información hubiere deseado.

Por todo lo anterior, debemos concluir que no se produce una omisión parcial del deber de información sino un incumplimiento total de dicha obligación. Obligación que tampoco puede entenderse satisfecha por el Santander por el hecho de que, según afirma el testigo Sr. Clayo (gestor de negocios del BBVA), éste hubiera explicado antes al Sr. Rico Ribera el contenido de estos contratos. En ningún caso la obligación que incumbía al Santander puede entenderse cumplida por la gestión anterior de otra entidad bancaria; gestión que, todo sea dicho, es imposible saber si sirvió al cliente para conocer los riesgos de tales operaciones.

Por lo demás, en estrecha relación con este incumplimiento del deber de



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

información causante de error en el consentimiento prestado por el actor, debe ponerse igualmente que la suscripción de los contratos objeto de litis se produjo (testifical del Sr. Pozo y de la agente colaboradora Sra. Pina, así como incomparecencia de Esteban Juan Miró) por imposición de la entidad bancaria, que condicionaba a esta circunstancia la concesión de la financiación solicitada. Acreditado por la testifical de la agente colaboradora que la intención inicial del actor era exclusivamente recibir financiación para sus empresas, de la testifical del Sr. Pozo y de la totalmente injustificada incomparecencia de la Directora de la sucursal bancaria, se desprende claramente que la concesión de esa financiación se condicionó a la firma de los contratos objeto de litis, decidiéndose por ésta última que dicha firma no se llevara a cabo ante Notario, al contrario de las pólizas de crédito y descuento, lo que suponía privar al cliente de otra fuente de información. Asimismo, se ha probado que en el año 2008 los beneficios de la entidad se dispararon por la ventas de estos derivados financieros, y que la Directora Sra. Juan Miró también vio incrementadas sus ganancias por este motivo. Todo esto nos lleva a concluir que el error en el consentimiento del cliente se produce en este caso, no tanto por la confianza que el mismo tenía en la entidad bancaria (como señalaba la jurisprudencia del TS antes vista), sino – aun peor - por la imposición y presión que la entidad demandada ejerció sobre el mismo para la obtención de la financiación pretendida, condicionando interesada e inadmisiblemente la misma a la firma de unos contratos que no se le explicaron y que le suponían unos riesgos que no se le dieron a conocer.

Así, ni se aportan a autos, ni se acredita haber adjuntado en su momento a los contratos, los test de conveniencia realizados al cliente, y que obviamente dieron resultado negativo, ni el coste de cancelación de los mismos (doc. 9, página 6, y testifical Sra. Pina), de modo que tampoco podía conocerse por esta parte estos extremos que, sin duda, afectan igualmente a las condiciones sustanciales del contrato.

Por todo lo anterior, uniéndonos a la línea jurisprudencial marcada por las sentencias de las Audiencias Provinciales de Jaén y Álava, procede concluir que se ha producido un error en el consentimiento prestado por el legal representante de Industria Auxiliar Juema y Muñecas Paola al suscribir los contratos marco de operaciones financieras y de permuta financiera, imputable a un incumplimiento del deber legal de información (RD 21/2008) por parte del Banco Santander, quedando viciado dicho consentimiento por recaer sobre las condiciones sustanciales del contrato, por lo que procede declarar la nulidad de los mismos, con restitución recíproca de las cantidades que se hubieren abonado (arts. 1.300, 1.303 CC).

Cuarto.- Resuelto lo anterior, solo cabe añadir que en los contratos objeto de este procedimiento existen una serie de cláusulas que igualmente deben dar lugar, por abusivas, a la nulidad de los mismos, y no solo porque su inadecuada redacción contribuya a viciar el consentimiento del consumidor.

Conforme al art. 80 LGDCU los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente son: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción; b)



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Accesibilidad y legibilidad; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Añade el art. 82 de este Real Decreto que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Conforme al conjunto de la prueba practicada, y según análisis de la misma hecha en el fundamento jurídico anterior, debe considerarse probado que, encontrándonos ante cláusulas no negociadas individualmente, gran parte de las mismas carecen de los requisitos señalados, por cuanto que ni son concretas, claras y sencillas, ni son accesibles, ni reflejan una buena fe y un justo equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

La falta de claridad, concreción, sencillez y accesibilidad ha quedado evidenciada en el análisis de la prueba que se ha hecho en el fundamento jurídico anterior. En cuanto al desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, el mismo se deriva principalmente, además de la diferencia de nominal entre los contratos de financiación (200.00/240.000 euros) y estos derivados (700.000/500.000 euros) - lo que incrementaba claramente el riesgo para el cliente -, de la diferencia en el propio riesgo que, por variaciones del Euribor, asumía cada parte en estos contratos, así como la diferencia del coste de cancelación para cada una de ellas.

Conforme es de ver en el "Anexo: Funcionamiento Swap flotante bonificado" (doc. 9, página 6), que resume los escenarios que pueden darse para las partes en función del Euribor 3M que haya en cada periodo de cálculo (trimestral), las liquidaciones positivas para el cliente se darán solo cuando el Euribor 3M sea superior al 4'67%, recibiendo un diferencial del 0'15% cuando no supere el 6'75%, y la diferencia hasta 6'60% cuando supere aquella puntuación. Por el contrario, la liquidación negativa mínima será del 0'37%, que se dará siempre que el Euribor 3M sea inferior al 4'67%, y será tanto más negativa cuanto menor sea el Euribor 3M. Es decir, además de los altísimos tipos de barrera inferior y CAP establecidos (lo que hace muy difícil y excepcional la subida del Euribor por encima de ellos), la pérdida mínima del cliente es del 0'37% (y de ahí para arriba), mientras que en tanto que el Euribor no supere la cifra del 6'75% la ganancia no superará nunca el 0'15%; y viceversa para la entidad bancaria, que ganará lo que pierda el cliente, y perderá cuando éste gane.

El desequilibrio es claro y deja a la entidad bancaria en clara situación ventajosa, conociendo además como conoce (o debe conocer en cuanto empresa que presta servicios de inversión) las fluctuaciones esperadas o aproximadas en cada momento de los tipos de interés y del Euribor. Así lo demuestra la gran diferencia existente entre las liquidaciones habidas a favor del Banco Santander, de varios miles de euros, y las nimias liquidaciones producidas a favor del cliente, de unos pocos cientos de euros.



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Además, la falta de expresión en los contratos del coste de cancelación de los mismos, la falta de explicación de este coste por parte del agente comercial al Sr. Rico Ribera, la ausencia de ese coste de cancelación para la propia entidad bancaria, la variabilidad del mismo y su incomprensible cálculo y exagerado importe (según se desprende del documento aportado en la Audiencia Previa) son elementos todos que, sin duda, contribuyen a proclamar el evidente desequilibrio que se produce entre los derechos y obligaciones de las partes. Todo ello agravado por la falta de información (y subsiguiente vicio del consentimiento) que sobre estos extremos se proporcionó a las mercantiles demandantes.

Por todo lo cual, procede ratificar la nulidad ya declarada de los contratos objeto de autos, con las consecuencias señaladas en el fundamento jurídico anterior, cuales son la obligación de Banco Santander de restituir a Industria Auxiliar Juema S.L. y Muñecas Paola S.L. las cantidades cargadas en sus cuentas, más intereses legales desde la fecha de cada cargo, con devolución por estas mercantiles de las cantidades abonadas por el Santander, también con los intereses desde la fecha de abono, pudiendo compensar las partes sus respectivos créditos.

Así, Banco Santander restituirá a Industria Auxiliar Juema S.L. la cantidad total de 31.001'02 euros, por los cargos realizados en fechas de 16.03.09 (3.076'50 €), 16.06.09 (6.064'32 €), 16.09.09 (6.747'69 €), 16.12.09 (7.553'76 €), 16.03.10 (7.568'75 €), más los intereses legales correspondientes desde la fecha de los respectivos cargos. Así como las cantidades que se carguen en el futuro en la cuenta de esta mercantil. Industria Auxiliar Juema S.L. restituirá a Banco Santander la suma total de 533'75 euros, por los abonos recibidos en fecha de 16.09.08 (268'33 €) y 16.12.08 (265'42 €), más los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada abono.

Por otro lado, Banco Santander restituirá a Muñecas Paolas S.L. la cantidad total de 22.150'74 euros, por los cargos realizados en fechas de 16.03.09 (2.197'50 €), 16.06.09 (4.331'67 €), 16.09.09 (4.819'78 €), 16.12.09 (5.395'54 €), 16.03.10 (5.406'25 €), más los intereses legales correspondientes desde la fecha de los respectivos cargos. Así como las cantidades que se carguen en el futuro en la cuenta de esta mercantil. Muñecas Paola S.L. restituirá a Banco Santander la suma total de 381'24 euros, por los abonos recibidos en fecha de 16.09.08 (191'66 €) y 16.12.08 (189'58 €), más los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada abono.

Quinto.- En cuanto a las costas, rige el art. 394 LEC, por lo que al estimarse íntegramente la demanda, procede condenar en costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

FALLO

Estimo la demanda formulada por la Procuradora Sra. Martinez Fons, en nombre y representación de las mercantiles INDUSTRIA AUXILIAR JUEMA S.L. y MUÑECAS PAOLA S.L., frente a BANCO SANTANDER S.A. y, en su consecuencia, declaro la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y de confirmación de permuta financiera suscritos con aquéllas en fechas de 10.06.08 y 13.06.08 respectivamente, condenando a la parte demandada a restituir a Industria Auxiliar Juema S.L. la suma total de 31.001'02 euros, más las cantidades que se sigan cargando en su cuenta, así como los intereses legales correspondientes desde las fechas de los respectivos cargos; con simultánea obligación de Industria Auxiliar Juema S.L. de restituir a Banco Santander S.A. la suma de 533'75 euros, más intereses legales desde la fecha de cada abono, y pudiendo las partes compensar sus respectivos créditos; todo ello de acuerdo con el desglose de cargos y abonos contenido en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución. Asimismo, condeno a Banco Santander S.A. a restituir a Muñecas Paola S.L. la suma total de 22.150'74 euros, más las cantidades que se sigan cargando en su cuenta, así como los intereses legales correspondientes desde las fechas de los respectivos cargos; con simultánea obligación de Muñecas Paola S.L. de restituir a Banco Santander S.A. la suma de 381'24 euros, más intereses legales desde la fecha de cada abono, y pudiendo las partes compensar sus respectivos créditos; todo ello de acuerdo con el desglose de cargos y abonos contenido en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución.

Se imponen las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta sentencia no es firme; contra la misma cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días desde su notificación, a preparar ante este Juzgado para ante la Audiencia Provincial de Alicante.

*Conforme a la disposición adicional decimoquinta de la ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, NO SE ADMITIRÁ A TRÁMITE NINGÚN RECURSO SIN LA PREVIA CONSTITUCIÓN DE DEPÓSITO EN LA CUENTA DE DEPÓSITOS Y CONSIGNACIONES DE ESTE JUZGADO, de **25 euros** para la interposición de recursos de reposición ; **50 euros** si se trata de recurso de apelación; y **30 euros** si se trata de recurso de queja.

Queda excluida de la consignación la formulación de recurso de reposición previo al de queja, cualquier recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los Organismos autónomos dependientes de todos ellos y quienes tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita.



GENERALITAT
VALENCIANA



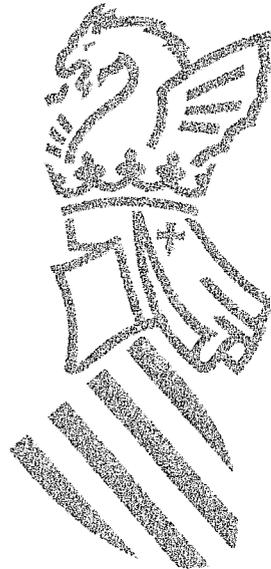
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

EN TODO CASO DEBERÁ ACREDITAR HABER CONSTITUIDO EL DEPÓSITO MEDIANTE LA PRESENTACIÓN, JUNTO CON EL RECURSO, DE COPIA DEL RESGUARDO U ORDEN DE INGRESO.

La consignación se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en este Juzgado. N° DE CUENTA: 3276 0000 85 (N° DE DEMANDA) (AÑO).

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

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el día de su fecha por el Juez que la dictó, estando celebrando Audiencia Pública, por ante mi, la Secretaria DOY FE.



GENERALITAT
VALENCIANA