



JOSE L. FERNANDEZ DE LA MADRID

Fdx: 9 p.

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2
PONFERRADA**

Elisa Abella Abella
-Procuradora -
Fecha notificación :
30/09/2011

SENTENCIA: 00134/2011

DEMANDANTE.- D.

PROCURADOR.- SRA. ABELLA ABELLA

LETRADO.- SR. FERNÁNDEZ DE LA MADRID

DEMANDADO.- BANCO PASTOR, S.A.

PROCURADOR.- SRA. GARCÍA GONZÁLEZ

LETRADO.- SR. GONZÁLEZ-VIEJO RODRÍGUEZ

**Procedimiento ORDINARIO, Reclamación de Cantidad N°
516/2010**

SENTENCIA N° 134/2011

En Ponferrada, a 28 de septiembre de 2011.

Dª MARIA NURIA PINA BARRAJÓN, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Ponferrada, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 516/2010 seguidos ante este Juzgado, entre las partes, de una, como demandante, D. , con Procuradora Sra. Abella Abella y Letrado Sr. Fernández de la Madrid, y de otra, BANCO PASTOR, S.A. con Procuradora Sra. García González y Letrado Sr. González-Viejo Rodríguez, habiéndose dictado la presente resolución en base a los siguientes antecedentes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Abella Abella, en nombre y representación de D. , se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra BANCO PASTOR, S.A., en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminando con la súplica que consta en autos.

SEGUNDO.- Admitida la demanda se acordó el emplazamiento del demandado y el traslado de la demanda, haciéndole entrega de copia de la misma y de los documentos acompañados, emplazándole para que contestase. Éste contestó en plazo y forma presentando su escrito en fecha 1 de octubre de 2010, en el cual, formulaba contestación a la demanda oponiéndose a la misma. Seguidamente, se señaló para la celebración de la audiencia previa el día 9 de Febrero de 2011 a las 9,45 horas, citándose a las partes con las prevenciones legalmente necesarias.

CUARTO.- Llegado el día señalado comparecieron las partes, proponiendo la prueba que cada una tuvo por conveniente, y admitida la pertinente, se señaló fecha de juicio el día 19 de septiembre de 2011 a las 12:00 horas, celebrándose el mismo y quedando los autos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Suplica la parte actora se declare: A) La nulidad de pleno derecho del contrato de producto financiero de 5 de abril de 2005 celebrado entre las partes, y B) Subsidiariamente, la anulabilidad del contrato de producto financiero de 5 de abril de 2005 celebrado entre las partes. Se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, retrotrayendo los efectos del mismo al momento anterior a la celebración del contrato, procediendo, en consecuencia, la retroacción de las liquidaciones practicadas, y las que se practicaren durante la tramitación del procedimiento, con expresa imposición de costas a dicha parte demandada.

SEGUNDO.- El demandante durante los años 2003 a 2005 negocia con la demandada la concesión de varios préstamos de inversión e hipotecarios, según la documental aportada con la demanda. Como consecuencia de la concesión de estos préstamos, y como excusa, le ofrecen en la oficina de la demandada un producto bancario novedoso, que según le explican es una especie de seguro contra la subida del euribor, para ello, le entregan al demandante un dossier en el que se dice: "protéjase de subidas de tipos de interés y benefíciase de tipos inferiores a los de mercado" (documento nº 2 de la demanda), incluso el 4 de noviembre de 2005 (documento nº 3 de la demanda) se le remite un documento en el que se le dice que para que no incurra en pérdidas, en el caso de que el euribor baje, se realizaría una estructura alternativa cancelando la suscrita inicialmente. El demandado por fin se decide y se suscribe el contrato de 5 de abril de 2005 objeto del procedimiento, que es un contrato marco, siendo por su carácter farragoso y complicado un contrato de adhesión, el cual no es comprendido por D. Gerardo, y aún así, firma, ya que confía plenamente en la entidad demandada, con la que lleva trabajando muchos años y le ha garantizado previamente y de palabra que no va a perder dinero, sino que si lo empezara a perder, no lo iban a permitir, ya que cambiaría dicho contrato.

Ocurre todo lo contrario, es decir, el demandante firma dos anexos, uno en fecha 7 de abril de 2005 y otro el 2 de abril de 2007, los cuales son perjudiciales para el demandante, ya que lejos de garantizarle ganancias, o al menos, evitarle pérdidas como le habían asegurado, lo que hicieron tales

anexos fue hacerle perder más dinero, ya que la entidad bancaria le ingresó en varios pagos a lo largo de cuatro años, el total de 1.758,21 €, y sin embargo, le cargó la cantidad de 23.885,48 €, es decir, un 1358% más que lo ingresado en la cuenta de D. Gerardo y sólo en un año, desde abril de 2009 a abril de 2010.

Cuando ocurre esto, la sucursal no sabe darle explicación alguna, ya que el producto financiero ofertado y firmado posteriormente, es tan complicado que son necesarios conocimientos avanzados de economía para poder comprender en qué consiste, por lo que le remiten a la central del Banco en Madrid, y en ningún momento le llegan a devolver la cantidad cobrada por dicha entidad.

TERCERO.- El contrato cuya nulidad se insta es efectivamente un contrato swap, sin que sobre tal cuestión de la naturaleza jurídica del contrato. De los diferentes tipos posibles de swap, el que ahora nos interesa el llamado swap de intereses. Este tipo particular dentro de la figura del swap viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación por la que las partes acuerdan intercambiarse ente si pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada". También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como "un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable".

Los contratos swap no están regulados en norma alguna, y no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino tampoco en ordenamientos de nuestro entorno; ni siquiera en el anglosajón, en cuyo ámbito nace esta figura contractual. No obstante, y al amparo del art. 1255 CC (LEG 1889, 27) y 50 y ss del CCo (LEG 1829, 21), nada impide que sea admitido en nuestro derecho siempre que su clausulado respete los principios y normas generales de la contratación.

En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, una demostración, quizás no excesivamente precisa para con la naturaleza del contrato, pero en cualquier caso, ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el art. 20.1, 18º, d) de la Ley 37/1992 (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401) , de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera, la Circular 1/1991, del Banco de España que desarrolla diversas medidas sobre liberalización del control de cambios dentro de la pauta marcada por el R.D. 1.816/1991 (RCL 1991, 3013), de 20 de diciembre, aunque como primera referencia administrativa puede considerarse, según recuerdan

Costa Ran y Font Vilalta, la Resolución de la Dirección General de Tributos de 17 de febrero de 1984, sobre presentación de declaraciones globales respecto a rentas obtenidas sin mediación de establecimientos permanentes por los residentes, que no consideraba la existencia de retribución de capital en la permuta financiera, ya que no existía en ella cesión de capital alguno.

Dentro de las primeras resoluciones judiciales referentes a este contrato, debe destacarse la sentencia dictada el 1 de enero, de 1991 por el Juzgado de Primera Instancia num. 7 de Madrid en relación con la reclamación del saldo líquido de dos contratos swap de tipos de interés, suscritos mediante escritura pública entre una Entidad financiera y una Empresa en suspensión de pagos, cuyos contratos se acogieron como permuta financiera. La misma sentencia, establece como características del contrato las siguientes: A) Es un contrato único. No son varios contratos ligados entre sí, sino un solo contrato que genera diversas relaciones obligatorias; B) Es un contrato atípico, no regulado como tal en nuestro Derecho, aunque se haga mención al mismo en la legislación que más arriba se ha indicado. C) Es un contrato consensual, que se perfecciona por mero acuerdo de voluntades, no precisando forma escrita, aunque a efectos de su reclamación por vía judicial puede resultar más ventajosa, esta última si se incorpora además a un documento público; D) Es un contrato bilateral, generador de recíprocas obligaciones a cargo de las dos partes; E) Es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca o más bien, una interdependencia entre las prestaciones de las dos partes de modo que cada prestación actúa como contravalor de la otra, resultando de aplicación la "exceptio non adimpleti contractus"; F) 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; G) Es un contrato en el que se intercambian obligaciones legales suscritas. Es decir, se permutan los medios de pago y no los pagos en sí; H) Es un contrato en que las partes actúan en posición de igualdad estableciéndose un auténtico equilibrio de las prestaciones por lo que no serán aplicables en este caso las normas que establecen una especial protección para la parte mas débil de la relación contractual. Además y en particular el Swap de tipos de interés tiene un innegable carácter aleatorio, que la mencionada sentencia llega a calificar incluso como especulativo cuando establece el pago diferencial entre los intereses intercambiados. Y aunque podrían entrar en juego las normas relativas a la apuesta (art. 1.799 del Código Civil), la cuestión puede considerarse salvada teniendo en cuenta que la finalidad esencial de la permuta financiera no es la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones de los mercados financieros. Todos los

antedichos caracteres son reconocidos por la doctrina como propios del contrato swap o permuta financiera (Costa Ran, Font Vilalta, Díaz Ruiz).

A efectos ilustrativos cabe citar, la Sentencia de 19/11/2008 (JUR 2009, 184951) del Juzgado de lo mercantil nº2 de Barcelona establece que "en esta modalidad de swaps, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nocional), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBÓR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps"). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación. También en este sentido citar la Sentencia del Juzgado de lo mercantil nº4 de Barcelona de 20/09/09(sic) que establece que "Desde este punto de vista, el swap es un contrato que modifica el pacto de intereses de un préstamo, mediante una apuesta o, si queremos una previsión, relacionada con la oscilación anual de los tipos de interés, de tal manera que si el prestatario gana, el banco tiene que devolver parte de los intereses recibidos por ese préstamo, si es el banco quien gana el prestatario ha de pagar un interés superior al que estaba pactado en el préstamo".

Precisamente y por estas reglas de funcionamiento la jurisprudencia menor, ha venido reconociendo como una de las notas definitorias de esta tipología contractual, la naturaleza aleatoria y altamente especulativa que como arriba se expone, es igualmente significada en el ámbito doctrinal. En esta idea ha de citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18/06/09 (AC 2009, 1762) establece que "la finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, hecho destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de interés, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder". También con la misma línea de argumento la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de enero de 2010 (AC 2010, 6) (Sec 5ª) que recuerda que "en el origen de este tipo de

contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente".

Ya para concluir con este orden de cosas destacar que la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores ha catalogado estos productos como de alto riesgo, eso es, para un perfil de clientes altamente especulativo y que está especialmente dirigido a empresas con necesidades de cobertura de divisas y tipos de interés por asuntos de exportaciones e importaciones, difícil de explicar y comprender para un usuario habitual.

CUARTO.- En el particular caso de autos y como más arriba se dice, demandante y demandado pactaron, sobre la base de un nominal de 600.000 € y por un plazo de 3 años, en virtud del Contrato marco de operaciones financieras de 5 de abril de 2005, contrato que para todo aquel que no sea especialista en actividades económicas y financieras resulta de todo punto incomprensible. Pero lo es aún más si cabe el anexo de 7 de abril de 2005, el cual conlleva una serie de modificaciones también imposible de aplicar en la práctica al menos para el actor, él firma sin saber lo que firma indudablemente, y lo mismo ocurre con el anexo de 2 de abril de 2007, que además prorroga la situación hasta el año 2012. La pregunta clave que procede en autos es tan simple como si D. Gerardo conoce la naturaleza del contrato suscrito en los términos que se le exponen y para que el caso de desconocerla, era posible que llegara a aquel conocimiento a través de la diligencia exigible a un hombre medio. Así se afirma por cuanto como bien conocen las partes, el art. 1266 del Código Civil exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga 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, y la jurisprudencia viene señalando de forma constante reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007 (RJ 2007, 716)). El error es inexcusable cuando pudo ser

evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las de otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 4-1-1982 (RJ 1982, 179)). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 (RJ 1974, 742) y 18-4-1978 (RJ 1978, 1361)), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

Pues bien, en ausencia de esa información completa y detallada sobre el producto que contrataba, D. Gerardo firma el contrato. Con tales antecedentes, no es descabellado entender que éste no se parase a leer con detenimiento el documento que se le presentaba. Si a ello se suma el dato de que el demandante carecía de especiales conocimientos en materia financiera, y que nos encontramos ante un producto que, por más que se haya generalizado durante estos últimos años, sigue resultando extraño para los no iniciados a la hora de valorar el verdadero significado de lo que representa el intercambio en el pago de intereses con una entidad bancaria, se comprende fácilmente las dificultades para entenderlo y que D. Gerardo llegase a la conclusión equivocada de que el producto contratado le aseguraba frente a la subida de intereses pero sin que ello supusiera asumir por su parte ningún riesgo.

De hecho, el demandante vincula el contrato de gestión de riesgos financieros con los préstamos que había suscrito con la entidad demandada anteriormente y que estaban en vigor, y es lógico que así lo hiciera si se tiene en cuenta esa sucesión temporal de los contratos.

La cuestión que se plantea entonces es la de determinar si dicho error es o no excusable. A este respecto, atendidos los criterios anteriormente señalados para apreciar la excusabilidad del error, debe tenerse en cuenta el distinto

grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes, por un lado la demandada, como comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro el demandante, que es comerciante, pero dedicado a la restauración, que no consta que tenga conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que presenta un producto financiero de alto riesgo como se afirma de adverso. Bien es verdad que en las condiciones generales del contrato se expone que los instrumentos financieros que el cliente suscribe conllevan un cierto grado de riesgo. Sin embargo, ese riesgo no parece debidamente especificado al referirse a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, que el cliente no tenía por qué conocer y que no consta que le fueron convenientemente explicados.

Así pues, si no se facilitó al demandante la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y si, no pudiendo presumirse que aquél tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía, de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable. Así pues, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005 (RJ 2005,3751), entre otras muchas).

Deberá procederse, por tanto, a retrotraerse los efectos del contrato de 5 de abril de 2005 y los anexos al mismo de fecha 7 de abril de 2005 y 2 de abril de 2007, procediendo a la retroacción de las liquidaciones practicadas y las que se practiquen durante la tramitación de este procedimiento.

QUINTO.- Las costas de este procedimiento se imponen a la parte demandada en aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **estimando como estimo** la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Abella Abella en nombre y representación de D. **debo condenar y condeno** a la demandada BANCO PASTOR, S.A. con Procuradora Sra. García González en los siguientes términos:

1.- Se declara la nulidad del contrato de producto financiero de 5 de abril de 2005 celebrado entre D. Gerardo Torre Ramos y BANCO PASTOR, S.A.

2.- Se condena a BANCO PASTOR, S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones retrotrayendo los efectos del contrato de 5 de abril de 2005 al momento anterior a la celebración del mismo, con la consiguiente retroacción de las liquidaciones practicadas, y las que se practiquen durante la tramitación de este procedimiento hasta la fecha de sentencia.

3.- Se imponen las costas a BANCO PASTOR, S.A.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término de cinco días, debiendo efectuarse la consignación de acuerdo con la Ley 1/2009.

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

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Ponferrada.