

Juzgado de Primera Instancia N° 5 e/ San Roque, 4 - 4ª Planta

Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.42.52

Fax.: 848.42.42.82

OR050

Sección: D

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° Procedimiento: 0001344/2012**

NIG: 3120142120120010356

Materia: Obligaciones

Resolución: Sentencia 000018/2014

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE PAMPLONA/ IRUÑA ORDINARIO 1344/12

OBJETO: Nulidad / anulabilidad de permutas financieras. PARTES: actora: RV, S.L.

Letrados: Srs. Ferrer Bonsoms Hernández y Ferrer Bonsoms Millet

Procurador: **Sr. Araiz Rodríguez** Demandada: BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.

Letrado: Sr. Gilsanz Usunaga

Procurador **Sr. Taberna Carvajal** JUEZ: Rafael Ruiz de la Cuesta Muñoz

SENTENCIA N° 000018/2014

En Pamplona / Iruña, a 28.01.14.

Vistos por mí, Rafael Ruiz de la Cuesta Muñoz, juez del juzgado de primera instancia n° 5 de los de Pamplona / Iruña, los autos de juicio ordinario seguidos con el n° 1344/12 cuyo objeto, partes, letrados y procuradores son los que arriba constan, dicto esta sentencia a la que sirven de premisas los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 21.11.12 el Procurador Sr. Araiz, en nombre de RV S.L. y frente a BANCO SANTANDER, S.A., promovió demanda de juicio ordinario que fue repartida a este juzgado y en la que, tras alegar hechos y derecho, solicitaba sentencia en

la que con *total estimación de la demanda*.

1.- *Declare la nulidad radical del contrato marco de operaciones financieras de 17.06.05, y de los contratos de permuta financiera de fechas 17.06.05, 01.03.06, 07.03.07 y 30.05.08.*

2.- *Alternativa y subsidiariamente y para el caso de no estimar la anterior declaración de nulidad, DECLARE la nulidad por vicio en el consentimiento y/o por falta de causa del CMOF y de los contratos de permuta financiera antes referidos.*

3.- *DECLARE la obligación de RV, S.L. y BANCO SANTANDER de restituirse las costas materia de los contratos con todos los intereses devengados que, en función de las liquidaciones practicadas supone la condena a BANCO SANTANDER a abonar a la actora RV,S.L, la cantidad de 40.482'31 €, más los intereses legales devengados desde la percepción de cada una de las cantidades a las que corresponde dicho importe, con deducción de los intereses a favor de la parte demandada correspondientes a aquellas liquidaciones favorables a la actora.*

www.ferrer-bonsoms.com

Ferrer-Bonsoms, Abogados

Madrid Sevilla Pamplona



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

4.- Y, en consecuencia, CONDENE a BANCO SANTANDER S.A.

**a estar y pasar por dichas declaraciones.*

**a abonar a RV, S.L. la suma de 140.832'31 €, más los intereses legales devengados desde la percepción de cada una de las liquidaciones a las que corresponde dicho importe, con deducción de los intereses a favor de la parte demandada correspondientes a aquellas liquidaciones favorables a la actora.*

Todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda se emplazó (ei 23.12.12) a la demandada que compareció y contestó, oponiéndose y solicitando

Sentencia *desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante.*

Tercero.- El 10.05.13 se celebró la audiencia previa a la que asistieron las partes a través de sus Procuradores y con sus Letrados que:

**no alcanzaron acuerdo, sin que fuera posible avenirles.*

**no suscitaron cuestiones procesales (la excepción de caducidad, alegada por la demandada en relación con la acción de anulabilidad por error, se dejó para sentencia).*

**no hicieron aclaraciones, ni alegaciones complementarias, ni invocaron hechos nuevos.*

**ninguna de las partes aportó nuevos documentos, ni impugnó los documentos aportados de adverso.*

**se determinó el objeto del procedimiento.*

**las dos partes pidieron prueba: la actora, interrogatorio, documental, pericial y testifical; la demandada, documental, interrogatorio, testifical y pericial.*

**se declaró pertinente toda la prueba.*

**se señaló para la celebración del juicio el día 01.10.13.*

Cuarto.- Llegado el día se celebró el juicio al que asistieron las partes con sus Procuradores y con sus Letrados.

Se practicó la prueba declarada pertinente (las dos periciales de forma conjunta).

Se dio a los Letrados turno de conclusiones y quedó el juicio visto para sentencia.

Quinto.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia, excedido en 54 días hábiles por acumulación de trabajo, por haber resuelto asuntos complejos durante el tiempo intermedio y por la propia complejidad de éste. La audiencia previa y la vista se grabaron en soporte audiovisual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- (a) Hechos (y su prueba) y (b) pretensiones de las partes.

(a) 1.- RV, S.L. (RV) es una mercantil constituida en el año 1990 que tiene por objeto, en esencia, la adquisición de vehículos fuera de uso, el desguace, la recuperación de chatarra y la venta de piezas al por menor.

El capital social pertenece a tres socios: F.J.G.A. (60%), E.G.R (20%) y J. M.Z. A. (20%), el primero de los cuales es el administrador único de la

www.ferrer-bonsoms.com

Ferrer-Bonsoms, Abogados

Madrid Sevilla Pamplona

sociedad. Éste supervisa la administración de la sociedad, que lleva desde hace 15 años una asesoría externa llamada V. Asesores (con la que ninguna otra relación guarda la actora, pese a la similitud de sus nombres)

Este hecho resulta de los documentos 1 y 2 de la demanda (nota simple del Registro Mercantil e impuesto de sociedades) y del interrogatorio de su legal representante (en relación con el objeto social que con menos detalle resulta de la información del RM; y en relación también con la asesoría externa). Los últimos datos conocidos relativos a la relación de socios son de 2008 (IS).

2.- Entre los años 2005 y 2008 (inclusive) las cifras de endeudamiento a interés variable de la sociedad fueron:

	Endeudamiento (€)
	.000
	.000
	.000
	.000

La sociedad obtenía financiación de distintas entidades (banco santander, BANCO DE VASCONIA, CAN, CAJA RURAL DE NAVARRA, HISPAMER, RENAULT, SANTANDER

consumer y madrid leasing) y a través de distintos productos financieros (préstamos, leasings, avales)

Así resulta del CIRBE de la sociedad al doc. 4 de la demanda y del interrogatorio de su legal representante.

3.- El 17.06.05 (la cifra de endeudamiento a interés variable fue ese año de 1.236.000 €) RV suscribió con BANCO DE SANTANDER (BS) los siguientes contratos: a.- CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS (CMOF). Este contrato da cobertura genérica (sirve de marco contractual) a las operaciones financieras concretas que en lo sucesivo las partes pudieran convenir mediante el correspondiente documento de confirmación, y resulta aplicable -en cuando no entre en contradicción con él- en lo previsto específicamente en el contrato regulador de cada operación financiera Concreta (viene a ser el clausulado financiero general, sin perjuicio del clausulado particular representado por el documento de confirmación de cada producto).

Por SU interés para el pleito dejamos Señalada (más adelante se volverá sobre ella) su cláusula decimocuarta, relativa al cálculo de la cantidad a pagar por vencimiento anticipado de la operación.

b.- CONTRATO SWAP BONIFICADO ESCALONADO CON BARRERA KNOCK-ININ ARREAS

Los términos de este contrato (doc. 6 de la demanda) fueron:

Operación: Permuta financiera de tipos de interés. El Banco paga trimestralmente un tipo de interés variable EURIBOR 3M / el Cliente paga anualmente i) tipo de interés fijo escalonado -creciente- (si el Tipo Variable diferido es igual o inferior al Tipo Barrera Knock-in correspondiente) o ii) Tipo Variable Diferido menos un diferencial (si tipo Variable Diferido es superior al Tipo Barrera Knock-in correspondiente).

*fecha operación: 17.06.05.

*fecha inicio 20.06.05

*fecha vencimiento: 21.06.10.

*importe nominal (nacional): 1.000.000 euros.

a/importes variables pagaderos por BS

*fechas de pago: trimestrales: 20.09.05 y sucesivos hasta el 21.06.10

*tipo variable de referencia: EURIBOR3M (a efectos informativos aparece en la pág. EURIBOR01 de Reuters)

*periodo de cálculo: 3 meses.

*base de liquidación del tipo variable de referencia: ACT/360.

*fecha de fijación del tipo variable de referencia: el segundo día hábil anterior a la fecha de inicio de cada periodo de cálculo.

b/importes pagaderos por el cliente.

*para cada uno de los sucesivos periodos de cálculo y en cada fecha de fijación del tipo variable diferido, si el tipo variable diferido es igual o inferior al tipo barrera knock-in correspondiente, el cliente pagará, para ese periodo, el tipo fijo correspondiente a ese periodo. Si por el contrario, el tipo variable diferido es superior al tipo barrera knock-in correspondiente, el Cliente pagará para ese periodo el tipo variable diferido menos un diferencial

	barrera knock-in	ap	jo	ncial
o 1				
o 2				
o 3				
o 4				
o 5				

*periodo de cálculo: anual.

*fechas de fijación del tipo variable diferido: el segundo día hábil anterior a la fecha de finalización de cada periodo de cálculo

b. 1/Importes fijos:

*aplicable cuando el tipo variable diferido sea igual o inferior al tipo barrera knock-in.

*fechas de pago: anuales, el 20.06.06 y sucesivos hasta el 21.06.10.

*tipo fijo: el señalado en el cuadro.

*base de liquidación de tipo fijo: ACT/360.

B.2/Importes variables:

*aplicable cuando el tipo variable diferido sea superior al tipo barrera knock-in.

*fechas de pago: anuales, el 20.06.06 y sucesivos hasta el 21.06.10.

*diferencial: -0'10%

*base de liquidación del tipo variable diferido: ACT/360.

Las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación: cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos.

(Siguen firmas)

El contrato va seguido de un anexo relativo al funcionamiento del producto con los siguientes apartados

***DEFINICIÓN:** es un intercambio de tipos de interés entre el Cliente y el Banco en el que el Cliente recibe trimestralmente el EURIBOR 3M fijado al principio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar anualmente un tipo fijo creciente -y conocido desde su inicio para todos los periodos de cálculo- siempre y cuando el tipo variable diferido (EURIBOR 12M) del final de cada periodo de cálculo no supere el nivel de referencia fijado inicialmente para cada uno de los periodos de cálculo.

Si esto sucede, el Cliente quedará referenciado, en ese periodo, a tipo de interés variable: recibirá EURIBOR 3M y pagará al Banco el Tipo Variable Diferido menos un diferencial

***LIQUIDACIÓN:** Las liquidaciones se calculan sobre el importe nominal vivo en cada fecha de revisión y se producen de la siguiente forma:

El cliente recibe trimestralmente EURIBOR 3M del inicio de cada periodo trimestral y

El cliente paga anualmente el tipo fijo de cada periodo, o si EURIBOR 12 meses supera el nivel de referencia del periodo, el EURIBOR, el EURIBOR 12M del final del periodo anual menos el

diferencial.

**ESCENARIOS: En el primer periodo, siendo el tipo fijo bonificado del 2%, con el nivel de referencia al 3% y el diferencial del 0'10% en cada uno de los periodos de cálculo y en función de la evolución del tipo de interés de referencia pueden darse los siguientes escenarios:*

Periodo	Liquidación	Resultado
3OR 12M del periodo =<3'00%	El cliente paga 2% y recibe 3OR 3M del inicio de cada periodo trimestral	El resultado positivo o negativo de esta estrategia dependerá: -si no se supera el Nivel de Referencia, del comportamiento durante cada periodo anual del EURIBOR 3M de las fechas de fijación respecto del tipo fijo bonificado, -si se supera el Nivel de Referencia, del comparativo del EURIBOR 3M de las fechas de fijación respecto al EURIBOR 12M del final del periodo
3OR 12M del periodo	El cliente recibe EURIBOR 3M del inicio de cada periodo trimestral y paga 3OR 12 del final del periodo menos el diferencial del 0'10%.	

Consideraciones:

*el margen asociado a la financiación con la que se relaciona este derivado no está cubierto por este producto.

*la cobertura que ofrece este producto podría verse afectada por dos factores que tiene que ser analizados por el cliente: 1) la discrepancia entre el cuadro de amortización de la financiación a la que se refiere y el cuadro de amortización del propio producto derivado y 2) la discrepancia entre las fechas de revisión de la financiación y las fechas de fijación del bonificado plus.

*el producto aquí descrito puede ser cancelado anticipadamente. En este caso tendrá que ser valorado a precio de mercado, y su valor de cancelación estará determinado por las condiciones de ese mismo momento.
(sigue firma).

Para poder suscribir este producto -siendo en principio negativa la recomendación del departamento de riesgos del BS, habida cuenta la cifra de endeudamiento, y las pérdidas de la actividad en el año 2004)- el administrador F.J.G. y su esposa tuvieron que suscribir en la misma fecha una póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles en garantía de las cantidades que RV pudiera deber a BS hasta la Suma de 60.000 € (ver los dictámenes de riesgos aportados por la demandada en fase de prueba, y la póliza de afianzamiento al doc. 3 de la demanda).

Este primer swap de 17.06.05 dio lugar a las siguientes liquidaciones (doc. 7 de la demanda)

liquidación	SM	paga	12M	liquidado	paga	ción
05	6	6				6
05	6	3				3
						'89

4.- El 01.03.06 (la cifra de endeudamiento a interés variable fue ese año de 1.180.000 €) RV y BS acordaron la CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LA OPERACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE 17.06.05 v procedieron a la confirmación de una nueva operación de permuta financiera de tipos de interés (CONTRATO SWAP BONIFICADO ESCALONADO CON BARRERA KNOCK-ININ ARREAS)

Los términos de este contrato (doc. 8 de la demanda) fueron en casi todo idénticos a los del anterior contrato, del que es una continuación con algunas modificaciones (así: se mantuvo el mismo notional de 1 millón de€, la misma fecha de inicio de efectos -el 20.06.05-, la misma fecha de vencimiento el 21.06.12, el mismo tipo



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

variable de referencia pagadero por el BANCO -EURIBOR 3M-, el mismo tipo variable diferido a cargo del CLIENTE -EURIBOR 12M-, el mismo diferencial del 0'10% -hasta junio de 2008, para desaparecer después de esta fecha- y las mismas fechas de revisión de los tipos); **Únicamente cambiaron el tipo barrera knock-in, el tipo fijo y el tipo cap** -en este sentido el ANEXO I comienza diciendo "Se trata de la cancelación anticipada de un swap bonificado con barrera knock-in in arrears contratado en el pasado y la contratación simultánea de una operación de igual naturaleza en la que se han modificado algunos parámetros (...) para adoptarlos a las necesidades del cliente-

Vale por tanto todo lo dicho en el punto anterior, con la única salvedad de que los cuadros quedaron modificados pasando a ser los siguientes

	barrera knock-in	cap	fijo	encial
o 1				
o 2				
o 3				
o 4				
o 5				

**ESCENARIOS: En el primer periodo anual, siendo el tipo fijo bonificado del 2'39%, con el nivel de referencia al 3'35% y el diferencial del 0'10% en cada uno de los periodos de cálculo y en función de la evolución del tipo de interés de referencia pueden darse los siguientes escenarios:*

Escenario

EURIBOR 12M del final del periodo anual \leq 3'35%

EURIBOR 12M del final del periodo anual $>$ 3'35%

Liquidación

El cliente paga 2'39% y recibe EURIBOR 3M del inicio de cada periodo trimestral

El cliente recibe trimestralmente EURIBOR 3M del inicio de cada periodo trimestral y paga EURIBOR 12 del final del periodo anual menos el diferencial del 0'10%.

Resultado

El resultado positivo o negativo de esta estrategia dependerá:

-si no se supera el Nivel de Referencia, del comportamiento durante cada periodo anual del EURIBOR 3M de las fechas de fijación respecto del tipo fijo bonificado.

-si se supera el Nivel de Referencia, del comportamiento comparativo del EURIBOR 3M de las fechas de fijación respecto al EURIBOR 12M del final del periodo

Este segundo swap de 01.03.06 dio lugar a las siguientes liquidaciones, incluido el coste de cancelación (doc. 9 de la demanda)

liquidación	SM	paga	12M	licado	paga	ción
06	b	50				50
06	b	22	b	b	'94	172

www.ferrer-bonsoms.com

Ferrer-Bonsoms, Abogados
Madrid Sevilla Pamplona



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

5.- El 07.03.07 (la cifra de endeudamiento a interés variable fue ese año de 1.100.000 €) RV y BS (doc. 10) acordaron la CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LA OPERACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE 01.03.06 y procedieron a la confirmación de una nueva operación de permuta financiera de tipos de interés (SWAP BONIFICADO REVERSIBLE MEDIA).

La cancelación anticipada de la operación anterior supuso el pago por parte del Cliente de la Suma de 16.624'01 € (que ya se han anotado en el último cuadro anterior).

Los términos del nuevo swap (cambiaron el vencimiento; el tipo variable a pagar por el Banco se referenció al Euribor 12M; cambió la barrera, que dejó de ser escalonada y pasó a ser uniforme durante todo el periodo de duración del contrato, lo mismo que el tipo fijo y el cap, que además se igualaron desapareciendo el diferencial) fueron:

Operación: Permuta financiera de tipos de interés. El Banco paga trimestralmente un tipo variable EURIBOR 12M/el Cliente paga anualmente i) el tipo fijo correspondiente (si el Tipo Variable Medio Trimestral es igual o inferior al Tipo Barrera Knock-in correspondiente) o ii) Tipo Variable Medio Trimestral menos un diferencial -que en realidad no existe- (si tipo Variable Medio Trimestral es superior al Tipo Barrera Knock-in correspondiente)

**fecha operación: 07.03.07.*

**fecha inicio 12.03.07.*

**fecha vencimiento: 12.03.12.*

**importe nominal (nocional): 1.000.000 euros.*

a/importes variables pagaderos por BS

**fechas de pago: trimestrales: 12.06.07 y sucesivos hasta el 12.03.12.*

**tipo variable de referencia: EURIBOR 12M.*

**periodo de cálculo: Trimestral.*

**base de liquidación del tipo variable de referencia: ACT/360.*

**fecha de fijación del tipo variable de referencia: el segundo día hábil anterior a la fecha de inicio de cada periodo de cálculo.*

b/importes pagaderos por el cliente.

**para cada uno de los sucesivos periodos de cálculo, si el tipo variable medio trimestral es igual o inferior al tipo barrera knock-in correspondiente, el cliente pagará, para ese periodo, el tipo fijo correspondiente. Si por el contrario, el tipo variable medio trimestral es superior al tipo barrera knock-in correspondiente, el Cliente pagará para ese periodo el tipo variable medio trimestral menos el diferencial correspondiente, en su caso.*

Period	Tipo			
12.03.0	475%			
12.03.0	475%			
12.03.0	475%			
12.03.1	475%			
14.03.1	475%			

**periodo de cálculo: anual.*

**tipo variable medio trimestral: la media aritmética de las fijaciones del EURIBOR 12M (...) obtenido en las fechas de observación.*

**fechas de observación: para cada periodo de cálculo anual, el segundo día hábil anterior a la fecha de inicio de los cuatro trimestres comprendidos en cada periodo de cálculo anual y que coincidirán en todo caso con la fecha de fijación del tipo variable de referencia pagadero por el Banco.*

**fechas de fijación del tipo variable medio trimestral para cada periodo de cálculo anual: el segundo día hábil anterior a la fecha de inicio del último de los cuatro trimestres comprendidos en cada periodo de cálculo anual.*

b. 1/Importes fijos:

**aplicable cuando el tipo variable medio trimestral sea igual o inferior al tipo barrera knock-in.*

**fechas de pago: anuales, el 12.03.08 y sucesivos hasta el 12.03.12.*

**tipo fijo: el señalado en el cuadro.*

**base de liquidación de tipo fijo: ACT/360.*

B.2/Importes variables:

**aplicable cuando el tipo variable medio trimestral sea superior al tipo barrera knock-in.*

**fechas de pago: anuales, el 12.03.08 y sucesivos hasta el 12.03.12..*

**diferencial: -0'00%*



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

**base de liquidación del tipo variable diferido: ACT/360.*

Las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación: cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos.

(Siguen firmas)

El contrato va seguido de un anexo relativo al funcionamiento del producto con los siguientes apartados

**DEFINICIÓN: Se trata de la cancelación anticipada de una operación de permuta financiera de tipos de interés con barreras in arrears contratada en el pasado y la contratación simultánea de una operación de swap bonificado reversible media. El cliente manifiesta que, ante el cambio de condiciones de mercado, el swap bonificado reversible media se adapta mejor a sus expectativas de mercado que la operación anterior, razón por la que cancela la operación antigua y contrata la nueva. Ambas operaciones se consideran de manera conjunta e inseparable, de forma que la contratación de la nueva operación es condición necesaria para la cancelación de la operación existente. La nueva operación que es contrata es un intercambio de tipos de interés entre el cliente y el banco en el que el cliente recibe trimestralmente el EURIBOR 12 M fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar anualmente el tipo fijo correspondiente, siempre y cuando, la media aritmética de las cuatro fijaciones del EURIBOR 12 M al inicio de cada uno de los trimestres que integran el periodo anual de que se trate, no supere el nivel de referencia (tipo barrera knock-in correspondiente). Si eso sucede, el cliente quedará referenciado, en ese periodo, al tipo de interés variable: recibirá el EURIBOR 12M y pagará al banco la media aritmética a que se refiere el párrafo anterior menos el diferencial correspondiente, en su caso (en este caso 0). Este producto es consistente con una visión de subida de tipos de interés, más moderada cuanto menor sea la distancia entre el tipo fijo y el tipo barrera knock-in, y a la inversa.*

**LIQUIDACIÓN: Las liquidaciones se calculan sobre el importe nominal vivo en cada fecha de revisión y se producen de la siguiente forma:*

El cliente recibe trimestralmente EURIBOR 12M fijado al inicio de cada periodo trimestral y El cliente paga anualmente el tipo fijo correspondiente, o si la media aritmética de las cuatro fijaciones del EURIBOR 12 meses del inicio de cada uno de los trimestres que integran el periodo anual de que es trate supera el nivel de referencia del periodo, dicha media aritmética menos el diferencial correspondiente en su caso.

**ESCENARIOS: En el primer periodo, siendo el tipo fijo bonificado del 4'25%, con el nivel de referencia al 4'75% y el diferencial del 0'00% en cada uno de los periodos de cálculo y en función de la evolución del tipo de interés de referencia pueden darse los siguientes escenarios:*

Escenario

Tipo variable medio

trimestral =< 4'75%

Tipo variable medio trimestral > 4'75%

Liquidación

El cliente recibe trimestralmente el EURIBOR 12M del inicio de cada periodo trimestral, y paga anualmente el tipo fijo del 4'25%

El cliente recibe trimestralmente EURIBOR 12M del inicio de cada periodo trimestral y paga anualmente la media del EURIBOR 12 M del inicio de cada periodo de cálculo trimestral menos el diferencial del (7'00%.

Resultado

El resultado positivo o negativo de esta estrategia dependerá: -si no se supera el Nivel de Referencia, del comportamiento durante el periodo anual del EURIBOR 12M de las fechas de fijación respecto al tipo fijo, -si se supera el Nivel de Referencia, del comportamiento comparativo del EURIBOR 12M de las fechas de fijación respecto a la media aritmética del EURIBOR 12M del inicio de cada periodo de cálculo trimestral

Consideraciones:

*el margen asociado a la financiación con la que se relaciona este derivado no está cubierto por este producto.

*la cobertura que ofrece este producto podría verse afectada por dos factores que tiene que ser analizados por el cliente: 1) la discrepancia entre el cuadro de amortización de la financiación a la que se refiere y el cuadro de amortización del propio producto derivado y 2) la discrepancia entre las fechas de revisión de la financiación y las fechas de fijación del bonificado plus.

*las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente.

(sigue firma).

Este tercer swap de 07.03.07 dio lugar a las siguientes liquidaciones (doc.11 de la demanda)

	Fe ch	E u	B a	E u	E u	C l	L i	
	12.	4	1				1	
	12.	4	1				1	
12	4	1				1		
12	4	1	4	4	4	-		
TOTAL							3	.

6.- El 30.05.08 (la cifra de endeudamiento a interés variable era ese año de 1.101.000€) RV y BS (doc. 10) acordaron la CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LA OPERACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS DE 07.03.07 y procedieron a la confirmación de una nueva operación de permuta financiera de tipos de interés (SWAP FLOTANTE BONIFICADO) La cancelación anticipada (sin coste) implicaba necesaria e inseparablemente la contratación simultánea de la nueva operación.

Los términos del nuevo swap (en este caso cambiaron casi todas las condiciones, salvo el nominal y en muy escasa medida el vencimiento) fueron:

Operación: Permuta financiera de tipos de interés. El Banco paga trimestralmente el tipo variable de referencia —EURIBOR 3M- fijado al inicio de cada periodo de cálculo trimestral / el Cliente paga trimestralmente i) el tipo variable de referencia menos el diferencial correspondiente con un máximo igual al tipo cap correspondiente menos el diferencial correspondiente, si el tipo variable de referencia es igual o superior al tipo barrera inferior correspondiente, o ú) el tipo fijo correspondiente, si el tipo variable de referencia es inferior al tipo barrera inferior correspondiente.

*fecha operación: 30.05.08.

*fecha inicio 02.06.08.

*fecha vencimiento: 04.06.12.

*importe nominal (nocial): 1.000.000 euros.

a/importes variables pagaderos por BS

*fechas de pago: trimestrales: 02.09.08 y sucesivos hasta el 04.06.12.

*tipo variable de referencia: EURIBOR 3M.

*periodo de cálculo: Trimestral.

*base de liquidación del tipo variable de referencia: ACT/360.

*fecha de fijación del tipo variable de referencia: el segundo día hábil anterior a la fecha de inicio de cada periodo de cálculo.

b/importes pagaderos por el cliente.

*para cada uno de los sucesivos periodos de cálculo, el cliente pagará el tipo variable de referencia menos el diferencial correspondiente con un máximo igual al tipo cap correspondiente menos el diferencial correspondiente si se cumple o bien el tipo fijo correspondiente para cada periodo de cálculo según se cumpla una u otra de las condiciones que después se verán (b. 1 y b.2).

Periodo	Tipo			
02.06.08 (inc.) a	4"04%			



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

**periodo de cálculo: trimestral*

**tipo variable de referencia: EURIBOR 3M.*

**fechas de fijación del tipo variable de referencia: el segundo día hábil anterior a la fecha de inicio del último de los cuatro trimestres comprendidos en cada periodo de cálculo.*

b. 1/Importes variables:

**aplicable a los periodos de cálculo en los que el tipo variable de referencia sea igual o superior al tipo barrera inferior correspondiente.*

*fechas de pago: trimestrales, el 02.09.08 y sucesivos hasta el 04.06.12. *tipo variable de referencia: EURIBOR 3M *periodo de cálculo: trimestral. *diferencial: -0'15%. *tipo cap: ver cuadro.*

**base de liquidación del tipo variable diferido: ACT/360. *tipo barrera inferior: ver cuadro. b.2/Importes fijos:*

**aplicable cuando el tipo variable de referencia sea inferior al tipo barrera correspondiente. *fechas de pago: trimestrales, el 02.09.08 y sucesivos hasta el 04.06.12. *tipo fijo: el señalado en el cuadro.*

**periodo de cálculo: trimestral. *base de liquidación de tipo fijo: ACT/360.*

(Siguen firmas)

El contrato va seguido de un anexo relativo al funcionamiento del producto con los siguientes apartados

**DEFINICIÓN: Se trata de la cancelación anticipada de una/s operación/es de permuta financiera de tipos de interés contratada/s en el pasado y la contratación simultánea de una operación de swap flotante bonificado. El cliente manifiesta que, ante el cambio de condiciones de mercado, el swap bonificado reversible media se adapta mejor a sus expectativas de mercado que la/s operación/es anterior/es, razón por la que cancela la/s operación/es antigua/s y contrata la nueva. Ambas operaciones se consideran de manera conjunta e inseparable, de forma que la contratación de la nueva operación es condición necesaria para la cancelación de la/s operación/es existente/s. La nueva operación que es contrata es un intercambio de tipos de interés entre el cliente y el banco en el que el cliente recibe trimestralmente el EURIBOR 3 M fijado al inicio de cada período trimestral, a cambio de pagar trimestralmente el EURIBOR 3M menos el diferencial, con un máximo igual al cap menos el diferencial, salvo que el EURIBOR 3M sea inferior al tipo barrera inferior, en cuyo caso pagará un tipo fijo.*

Este contrato es adecuado a los clientes que desean quedarse referenciados a un tipo variable y reducir su coste financiero, pagan variable menos un diferencial a cambio del riesgo de pagar un tipo fijo (superior al tipo variable que recibirán) si los tipos de interés bajan hasta situarse por debajo del tipo barrera inferior. No obstante, el producto ofrece protección absoluta al nivel del tipo cap menos el diferencial en caso de subidas pronunciadas de los tipos de interés. Por tanto el producto es consistente con una visión de los tipos de interés tanto de estabilidad como de subida o bajada moderada.

**LIQUIDACIÓN: Las liquidaciones se realizan por diferencias al final de cada periodo de cálculo y los flujos se calculan sobre el importe nominal vivo a cada fecha de revisión, detallado en la correspondiente confirmación.*

**ESCENARIOS: Siendo el tipo barrera inferior el 4'04%, el tipo fijo el 474%, el diferencial el 0'15% y el tipo cap el 6'44%, en función del tipo variable de referencia pueden darse los siguientes escenarios:*

Escena	Liquidación neta
EURIB OR 3M <	Negativa para el cliente, que recibe EURIBOR 3M de las fechas de fijación y paga el 474%. En este escenario la liquidación negativa mínima sería de 070% en contra del cliente
4'04% =< EURIB	Positiva para el cliente, que recibe el diferencial del 0'15%
6'44% < EURIB	Positiva para el cliente, que recibe el EURIBOR 3M de las fechas de fijación y paga el 6'29% (tipo cap - diferencial)

Consideraciones:

**el margen asociado a la financiación con la que se relaciona este derivado no está cubierto por este producto.*

**el resultado financiero que ofrece este producto podría verse afectada por dos factores que tiene que ser analizados por el cliente: 1) la discrepancia entre el cuadro de amortización de la financiación a la que se refiere y el cuadro de amortización del propio producto derivado y 2) la discrepancia entre las fechas de revisión de la financiación y las fechas de fijación del bonificado plus.*

**las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se*

www.ferrer-bonsoms.com

Ferrer-Bonsoms, Abogados
Madrid Sevilla Pamplona



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente.

(sigue firma).

Coincidiendo en el tiempo con la firma de este swap RV (podría ser la víspera, el 29.05.08) BS emitió una comunicación dando cuenta de que el 01.11.07 se había producido la entrada en vigor en los países miembros de la UE de una nueva normativa comunitaria aplicable a la prestación y comercialización de servicios de inversión sobre instrumentos financieros (MIFID) y que, a efectos de ajustar a las particularidades de su categoría las medidas de protección a adoptar RV había sido calificado como CLIENTE PROFESIONAL (doc. 12, última hoja). Este cuarto swap de 30.05.05 dio lugar a las siguientes liquidaciones (doc. 13 de la demanda)

Fec		Aplic	I
02.0		Difer	3
02.1		Difer	3
02.0		474	-
02.0		474	-
02.0		474	-
02.1		474	-
02.0		474	-
02.0		474	-
02.0		474	-

02.1		474%	-
02.0		474%	-
02.0		474%	-
02.0		474%	-
02.1		474%	-
02.0		474%	-
02.0		474%	-
TOTAL			-

7.- El 19.05.11 RV envió una carta a BS pidiendo información sobre el producto Swap (plazos, importes aproximados, costo de cancelarlo a esa fecha y forma de hacerlo) con el añadido "como sabes venimos quejándonos desde su inicio y seguimos sin entenderlo aún".

BS contestó por mail el 20.05.11 indicando el nocional del swap, las fechas de las liquidaciones pendientes y de vencimiento, el coste de cancelación a esa fecha (41.368 €) y la posibilidad de hacerlo con un préstamo del que se indicaban las condiciones, en función del periodo de amortización. El 20.09.11 RV envió una segunda carta solicitando la remisión de cada uno de los cuatro contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés junto con todas las liquidaciones practicadas, estudios previos del cliente y en su caso acuerdo de cancelación (o indicación de que no existió y explicación de qué sucedió con el cliente).

Así resulta de los documentos 14 a 16 de la demanda.

BS envió los contratos y las liquidaciones, no así los estudios previos (no se hicieron test de conveniencia ni de idoneidad, alegando el Banco que por la normativa vigente al tiempo de su suscripción no eran obligatorios).

(b) RV promueve demanda contra el BS ejercitando la como principal la acción de nulidad radical y como subsidiaria la de anulabilidad de todos los contratos celebrados (por error excusable - vicio del consentimiento- debido a la falta de información, a la inadecuación del producto a su perfil y necesidades y a la inidoneidad del mismo



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

para subvenir la finalidad de cobertura para la que fue contratado).

El Banco demandado invoca excepción de caducidad y, subsidiariamente, se opone a tales pretensiones.

Segundo.- Caducidad de la acción de anulabilidad.

Sostiene la demandada que cada uno de los contratos de permuta financiera de tipos de interés es independiente de los otros, habiendo consumado sus efectos en el momento de su cancelación para dar paso a una permuta nueva.

Según su tesis la primera permuta (de 17.06.05) se extinguió (y por tanto consumó los efectos) el 01.03.06, la segunda (de 01.03.06) lo hizo el 07.03.07, y la tercera (de 03.03.07) el 30.05.08.

Computado el plazo de caducidad de la acción de nulidad (1301 CC) desde cada una de esas fechas, las distintas acciones estarían caducadas cuando el 21.11.12 se promovió la demanda.

En cuanto a la acción de anulabilidad del cuarto swap parece sugerir la demandada que el cómputo del plazo de caducidad debe iniciarse en la fecha de perfección del contrato y por tanto desde el 30.05.08, fecha desde la cual también habrían transcurrido los 4 años hasta la interposición de la demanda.

Se comparte sin embargo la tesis de la actora, según la cual la cobertura iniciada el 17.06.05 es única, aunque se haya articulado mediante una sucesión solapada de contratos cada uno de los cuales (y ai margen de lo que digan sus textos) es solo modificativo (que no extintivo) del anterior, permaneciendo durante todo el tiempo de la relación idénticas las partes, el nocional y la finalidad de cobertura del producto, y produciéndose tan solo en el curso del tiempo meras variaciones de algunos de sus elementos (las barreras, los tipos, el vencimiento) para "adaptarse mejor a las cambiantes condiciones de mercado" (sic), lo cual implica novación simplemente modificativa y no extintiva.

Por tanto, concebida así la relación, y habiéndose consumado los efectos del "último" de los swaps solapados el 02.06.12, la acción estaba viva (no había transcurrido el plazo de ejercicio de 4 años) cuando se promovió la demanda el 21.11.12.

Tercero.- Acción de nulidad.

Debemos entender que la actora basa esta acción en dos motivos: de una parte, en la ausencia de los elementos esenciales del contrato (en particular la falta de consentimiento, art. 1261 ce) y de otra en la vulneración de normas imperativas (art. 6.3 CC; cita como normas vulneradas, entre otras, la ley 2/03, la ley 36/03, la ley 24/88, del Mercado de Valores reformada por la ley 47/07 de transposición a nuestro derecho de la normativa MIFID y el TR 1/07 de 06.11).

Contemplada desde la primera perspectiva, no se aprecia que los contratos sean radicalmente nulos por falta de ninguno de sus elementos esenciales. En particular es claro que los mismos fueron queridos por la actora, siendo la

mejor prueba de ello el que llegara a suscribirse por su administrador (y su esposa) una póliza de afianzamiento como condición impuesta por el Banco para autorizar la firma de la cobertura, o el que llegaran a existir hasta cuatro confirmaciones. RV, con una cifra muy elevada de endeudamiento a interés variable y ante la eventualidad de que los tipos pudieran subir, quiso cubrirse de ese riesgo ("*..entendió que estaba asegurando los intereses, que se estaban poniendo muy mal..*" -interrogatorio de su legal representante F.J.G.-). Cosa distinta es si el producto ofrecido por BS sirvió o no a ese fin y si el Banco informó de sus características y riesgos correctamente al cliente y este lo entendió. Pero estas cuestiones trasladan el debate del ámbito de la nulidad radical al de la anulabilidad por vicio del consentimiento, que suele ser el propio de este tipo de contratos, y que se abordará en el fundamento jurídico siguiente.

En cuanto a la vulneración o no de normas imperativas, el producto sirve precisamente (siempre que esté bien diseñado) a la finalidad del art. 19 de la Ley 36/03 de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, que impone a las entidades de crédito la obligación de informar a sus clientes que tienen suscritos préstamos a tipos de interés variable sobre los instrumentos y productos de cobertura del riesgo de incremento de los tipos de interés.

En cuanto a la posible nulidad por vulneración de normas imperativas, se advierte que BS clasificó mal a RV como cliente profesional, cuando por sus características debió haber sido clasificado como minoristas (centrándonos en 2008, que les la fecha del último de los swaps, RV no reunía ninguno de los requisitos del art. 78 Bis que exige, para poder ser catalogado como profesional, la concurrencia de al menos dos de los siguientes requisitos: a) total de las partidas del activo igual o superior a 20 millones de € -en el caso de RV era de 2'021 M-; b) importe de la cifra anual de negocios igual o superior a 40 M de € -en el caso de RV fue de 1 '378 M €-; c) recursos propios iguales o superiores a 2 M € -en el caso de RV 0'760Mde€).

Con todo la reforma de la LMV no entró plenamente en vigor hasta el 20.06.08 (DF sexta según la cual la ley 47/07 entró en vigor el 20.12.07, y DT primera, que concedió 6 meses desde esa fecha a las entidades de prestación de servicios de inversión para adaptar sus programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en ella), por tanto hasta que entrara en vigor la última modificación del contrato (la habida en 30.05.08), de manera que no eran exigibles ni el deber de clasificación ni los test de idoneidad y conveniencia. Si el actor recibió o no información adecuada, o si el contrato era o no idóneo para servir a la finalidad de cobertura pretendida son cosas que se analizarán también en el próximo fundamento de derecho dedicado al posible error como vicio del consentimiento y causa de anulabilidad del contrato.

Cuarto.- Acción de anulabilidad: error (total o parcial). Inidoneidad (total o parcial) del producto al fin.

Como es habitual en este tipo de juicios sostiene la actora que no recibió del BANCO la información clara y veraz necesaria para comprender el producto, que no le fueron explicadas sus desventajas en un posible escenario de bajada de tipos, ni las consecuencias de su eventual Cancelación anticipada, que el BANCO sabía (y no informó, debe entenderse que al cancelar la penúltima y contratar la última cobertura, pues en el caso de las anterior ya hemos visto que los tipos subieron) que la previsión era que los tipos bajaran, que no precedió a la contratación del swap el necesario estudio del cliente que de haberse realizado habría desaconsejado su contratación, que el swap no cumple (por



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

múltiples motivos que después se dirán) la función de cobertura que con él se pretendía, que da lugar a un claro desequilibrio en las prestaciones a cargo de una parte y de la otra...

El Banco rechaza todos estos alegatos. Sostiene que se informó al cliente con toda claridad del funcionamiento del producto, y expresamente de la posibilidad de que se produjeran liquidaciones negativas, que tratándose de contratos de duración determinada la regla es que ninguna de las partes pueda desistir de forma unilateral (cancelario por su sola voluntad) aunque los contratos permitían la cancelación a precios de mercado indicando el CMOF la forma de calcular su coste, que la obligación de clasificar al cliente y realizar en su caso los test de conveniencia e idoneidad solo era exigible a partir de la entrada en vigor de la normativa Mifid (20 diciembre de 2007 + 6 meses = 20 junio 2008) y que por eso no se cumplió, que el/los swap/s era/n aconsejable/s cuando se contrató/aran, pues entonces el escenario de tipos era alcista y había previsión de que subieran siendo impensable la situación (de desplome de tipos) que se produjo con posterioridad, que el swap ha cumplido perfectamente su función de cobertura, y que el actor confirmó tácitamente los contratos pues suscribió hasta cuatro coberturas sucesivas (convalidando con la siguiente las anteriores), pagó el coste de cancelación de la segunda (el primero y el tercero se cancelaron por la mera contratación del swap posterior modificativo, sin coste adicional, el cuarto por expiración de la duración pactada), recibió sin protesta las liquidaciones positivas y dejó agotar hasta su extinción, sin presentar demanda, todo el periodo de duración del último producto, no formulando su primera queja escrita hasta el 19.05.11 (seis años después de la primera confirmación) siendo que un contrato no puede ser válido cuando favorece y nulo cuando perjudica.

Valorada la prueba practicada la conclusión es que el actor deseaba cubrirse del riesgo de subida de los tipos de interés.

En el momento de contratar los sucesivos productos su cifra de endeudamiento, referenciado a interés variable, era elevada (1'236 m €/ 1'180 m €/ 1'100 m € y 1,101 m €) y la tendencia de los tipos era alcista o al menos

incierta (ya hemos ido viendo cómo de un EURIBOR 3M del 2'16% en septiembre de 2005 se va subiendo hasta el 3'34% en diciembre de 2006 hasta el 4'963% en septiembre de 2008, y el EURIBOR 12M sube también del 3'354% en junio de 2006 al 4'065% en junio 2007 y el 4'815% en marzo 2008; basta ver las distintas liquidaciones del/los swap/s obrantes en autos).

Fue en ese contexto y en esos concretos escenarios de tipos, cuando se suscribieron los swaps, llamados a dar cobertura a los productos de financiación de la actora a interés variable. No costa que las coberturas fueran perfectas.

El nocional de los swaps (siempre 1M €) permaneció inalterado durante los 7 años de vigencia del producto, mientras que el capital de los préstamos lógicamente tendería a amortizarse progresivamente, mediante el pago de las cuotas. Con todo desconocemos cuáles eran los productos concretos de financiación suscritos por la actora (la mayor parte de los mismos con entidades distintas de la demandada) y sus saldos vivos en cada momento, cuya prueba (más allá de los CIRBES de 2005 a 2008) no ha sido aportada. Lo que sí sabemos es que en los periodos de los que existe constancia (2005 a 2008) el endeudamiento era superior al nocional de las coberturas contratadas, lo cual impide considerar que el producto sea especulativo (lo es cuando el nocional del swap supera el



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

nominal de los préstamos, y en la medida en que aquél excede de éste).

Desconocemos también si las fechas de revisión de los tipos variables de préstamos y swaps coincide o no en el tiempo (no se han aportado los contratos de préstamo), cuestión que tampoco preocupó al BS al ofrecer el producto pues Según la testifical de J.C.I. (Director de la sucursal del BS en Puente la Reina) sólo se miraba el CIRBE (la cifra de endeudamiento global) de la empresa). Es sabido que para que la cobertura sea perfecta el tipo de interés debe ser el mismo en el producto cubierto y en dicha cobertura (en ambos casos euribor 12M, euribor 3M) y las fechas de revisión de los tipos variables que el Banco y el cliente se intercambian y que deberían producir un resultado neutral

(considerado el conjunto de préstamo y swap) sean las mismas, pues sólo así se consigue en la práctica que esos tipos se neutralicen y que el resultado del conjunto se traduzca en el pago del *tipo fijo* pactado a cargo del cliente en el swap.

Desconocemos por otra parte si los préstamos (presumiblemente sí) incorporaban diferenciales sobre los tipos variables, diferenciales que al ser fijas y constantes no son objeto de la cobertura del swap, y que distorsionan también en esa medida el efecto de abrigo del producto. Mas el que la cobertura sea imperfecta no significa *en principio y por sí solo que el producto sea especulativo* (salvo que el nocional del swap fuera ligeramente superior al del préstamo en los periodos sucesivos, lo cual no consta que sucediera en este caso, enjugándose además este efecto si durante un tiempo equivalente el nominal de los préstamos supera en la misma medida el nocional del swap, lo cual sí consta que sucedió entre los años 2005 a 2008), ni que no existiera voluntad de contratarlo por parte del cliente, ni siquiera que el consentimiento de éste estuviera totalmente viciado. Significa sólo que el producto cubre de manera parcial, como un traje mal hecho (pero en principio el traje existe: el contrato no es nulo salvo prueba de que el traje resulta totalmente inadecuado), cuyas malas hechuras es lo que esta sentencia (como normalmente hace este juzgado en materia de swaps) debe remediar, adaptando sus efectos a la "medida" de los préstamos llamados a ser vestidos con esa ropa. Sólo si el swap resulta prenda totalmente inadecuada al préstamo podrá concluirse que nada se informó y/o que nada entendió el cliente, y que el contrato es enteramente nulo. Si resulta prenda parcialmente inadecuada, susceptible de arreglo, se entenderá que hubo error parcial (no puede aceptarse que se haya informado y/o entendido la parte de lo contratado que no sirve para el fin que se pretende) y por tanto nulidad también parcial.

Los swaps no debe/n ser objeto de consideración aislada, sino que deben examinarse en unión del los préstamos objeto de la cobertura. Es como consecuencia de ese estudio conjunto de préstamo y swap como ha de determinarse si el producto es inadecuado y en qué medida, pues si bien el cliente resulta castigado por el swap cuando los tipos bajan se beneficia (debe beneficiarse) en sentido contrario en el préstamo por dicha bajada, al verse reducido paralelamente el tipo de interés variable que en éste paga, obteniendo como resultado final de aquel castigo y este beneficio la estabilidad de su endeudamiento, respecto del que paga durante la vigencia del swap un tipo tendencialmente fijo. Por tanto y si bien en la



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

práctica la actora ha perdido por efecto del/los swap/s la posibilidad de beneficiarse en sus préstamos de la bajada (desplome) de los tipos, ha obtenido a cambio la estabilidad que pretendía cuando suscribió el producto, eliminando el riesgo (entonces posible, no consta que BS conociera que los tipos iban a desplomarse) de que los tipos hubiesen continuado su tendencia alcista y disfrutando en suma de un tipo tendencialmente fijo, lo mismo que si hubiera optado por un préstamo a interés fijo durante el tiempo de vigencia del swap.

Sobre esta cuestión (el conocimiento o desconocimiento por parte del BANCO de la previsible tendencia de los tipos y su ocultación al cliente) ya hemos visto que entre los años 2005 y 2008 los tipos subieron, no obstante lo cual BS ofreció el producto a su cliente (lo que desmiente la hipótesis de que el BANCO solo ofreciera las coberturas cuando sabía que los tipos iban a bajar). Según la página 34 del informe pericial de la actora, las previsiones del BCEUROPEO en febrero de 2007 eran que los tipos se mantuvieran estables en torno al 4'20% e incluso que subieran algo (hasta el 4'50%) hasta el 2016. Es cierto que la cancelación del 2º swap en marzo de 2007 con saldo negativo (a pagar por el cliente) es indicaría de que el cálculo se hizo sobre una previsión a futuro bajista (en otro caso hubiese pagado el BANCO). Mas, al margen de ese dato (y de las sanciones -como hecho notorio- la UE ha impuesto a algunas entidades bancarias entre las que no figura la demandada por concertarse para influir sobre el Euribor) y con todos los otros disponibles en autos, no existe prueba de que ni en las fechas de contratación de los tres primeros swaps, ni en fecha 30.05.08 en que se contrató el último, BS conociera que LEMHAN BROTHERS iba a quebrar a finales de octubre de ese año, ni que los tipos iban a experimentar desde ese momento el vertiginoso desplome que sufrieron.

En cuanto a la falta de información al cliente del coste de cancelación, este juzgado viene manteniendo que al ser los de cobertura contratos de duración determinada no cabe que ninguna de las partes desista unilateralmente de los mismos, a no ser que lo hagan mediante un acuerdo posterior (mutuo disenso) en el que las partes de consuno fijen el coste de la cancelación. En el caso que nos ocupa los contratos incorporan tal posibilidad, remitiendo desde un principio a los precios de mercado, apareciendo en el CMOF (cláusula 14) que con arreglo al criterio de valor de mercado la cantidad a pagar se obtiene sumando el importe (que debe calcularse en el momento de la cancelación, con arreglo a la previsión de tipos de ese momento) de todas las operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado.

Interesa destacar también que dedicado el tiempo de lectura suficiente a los contratos resulta posible comprenderlos, que de ellos se deduce que las liquidaciones pueden resultar, según la evolución y la situación de los tipos en cada momento, positivas y negativas, a favor y en contra del cliente. Que la actora disponía además de una asesoría externa con la que poder consultar. Y que el dilatado tiempo transcurrido y las liquidaciones giradas a lo largo del mismo permitían constatar que el resultado final del producto era cambiante, positivo o negativo en su consideración aislada o al



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

margen del préstamo. No consta por otra parte (más allá de la carta escrita de 19.05.11 y de lo que reconoce el testigo sr. i.) que existieran quejas antes de los años 2009 ó 2010, es decir, a partir del momento en que el importe de los tipos se desplomaron, aunque ya con antelación RV había pagado en ocasiones liquidaciones negativas o costes de cancelación de cierto calado.

Mas lo importante, se insiste, es examinar en conjunto préstamo y swap, los saldos de endeudamiento global por diferencia entre gastos e ingresos financieros, y constatar si al final se consiguió o no alcanzar la finalidad pretendida que era la de estabilizar los tipos y por tanto la cifra de endeudamiento.

Para efectuar esta comprobación y adaptar en su caso el traje (swap) a la talla del cuerpo (préstamo o endeudamiento) hacemos las siguientes Operaciones (considerando siempre el conjunto de los swaps como un solo producto en sucesivo estado de adaptación a las circunstancias de cada momento):

*Para saber cuánto pagó el cliente en conjunto, por préstamo y swap (liquidaciones netas y coste de cancelación) durante el periodo de cobertura acudimos en primer lugar a los documentos 2 de la demanda (impuesto de sociedades de RV correspondiente a los ejercicios 2005 a 2008) y 2 de la contestación (informe Axesor 360° de RV, y en particular a la página 15/18 partida 61401 PAGO DE INTERESES), y en concreto a las casillas correspondientes a GASTOS FINANCIEROS (o pago de intereses) e INGRESOS FINANCIEROS (o cobros de intereses).

Hemos de tener en cuenta que la cobertura inició sus efectos el 20.06.05, por lo que en relación con esa anualidad reduciremos en a medio año los datos de calado anual.

En cuanto al año 2012, conocemos el importe pagado por las liquidaciones negativas del swap pero desconocemos (no alcanzan a ese año los datos del ASEXOR) la cifra total de gastos (por tanto la de los intereses del préstamo integrados en dicho gasto) así los ingresos financieros. Dado que según se constata por el importe de las liquidaciones del swap el importe de las mismas fue similar al de las del año anterior 2011, extrapolaremos a aquél ejercicio las cifras de éste, si bien reducidas a su mitad por estar vigente la cobertura durante solo el primer semestre de 2012. Es lo que puede hacerse a falta de más prueba.

Consta (informe axesor) que al menos desde el año 2007 las liquidaciones negativas se contabilizan (sumadas a los intereses del préstamo) dentro de los gastos financieros, y las liquidaciones positivas se contabilizan como ingresos financieros (así, las tres liquidaciones positivas de 2007 suman 33.791'53 €, cifra muy próxima a los 33.798 € de Ingresos financieros contabilizados en esa anualidad; y las dos liquidaciones positivas de 2008 suman 780'5 €, cifra muy próxima a los 763 € que aparecen en la contabilidad. En este mismo sentido, el SR. G. manifestó en prueba de interrogatorio que las liquidaciones negativas se contabilizaban como gastos de financiación. Desconocemos si en los primeros años 2005 y 2006 -incluido el coste de cancelación pagado el 07.03.07- de los que no disponemos más que de los datos del IS, las liquidaciones positivas y negativas están ya todas



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

incluidas, en los datos globales de GASTOS FINANCIEROS, presumiendo a falta de más prueba que así es).

Estos documentos nos permiten saber que por razón de los distintos productos financieros contratados a interés variable RV pagó e ingresó en relación con su financiación (incluidos préstamos y swaps) durante el tiempo que duró la cobertura los siguientes importes:

Año	Gastos	Ingresos	Total
2005	25.263'09	113'16	25.149'93
2006	57.295'96	293'85	57.002' 11
2007	78.362'00	33.798'00	44.564'00
2008	93.871 '00	763'00	93.108'00
2009	75.865'00	78'00	75.787'00
2010	97.655'00	100	97.654'00
2011	59.403'00	2'00	59.401 '00
2012	29.701 '50	100	29.700'50
TOTAL			482.366'5

*A continuación debemos calcular cuál hubiese sido el gasto financiero de RV si sus costes se hubiesen estabilizado por efecto del swap, de haber cumplido éste adecuadamente la finalidad para la que fue contratado, presumiendo (a falta de otra prueba) un saldo vivo estable en la cifra del endeudamiento.

Para calcular esta cifra debemos partir del dato del gasto financiero anual que RV pagaba cuando contrató el swap, pues esa debe ser la referencia que debería permanecer estable en el tiempo.

El gasto financiero de 2005 (ver casilla 327 del IS de ese año) fue de 50.526'28 €.

Ya apuntamos antes que, según se entiende (y a falta de más prueba) debe presumirse que ése fue el gasto financiero neto, por lo que para conocer la cifra de intereses de préstamos pagados durante esa anualidad (los que se pretendían estabilizar) deberán sumarse los 10.806'89 € que RV recibió ese ejercicio por efecto del "primer" swap y que no aparecen contabilizados como ingresos financieros (de ahí la presunción de que están compensados con los intereses en la cifra de gastos), lo que nos lleva a considerar una cifra de intereses de préstamos de 61.333'17 €. De ellos habría que descontar los 226'32 euros de ingresos financieros contabilizados, obteniendo un coste financiero anual de 61.106'85 euros a fecha (2.005) de contratación de la cobertura.

Entendiendo que este era el coste anual que el swap, de haber funcionado correctamente, debería haber estabilizado durante los 7 años que (con sus sucesivas modificaciones) estuvo vigente, la cantidad global de intereses (por préstamo y swap) que RV debería haber pagado durante todo ese tiempo de haber cumplido éste adecuadamente su finalidad de cobertura habría sido (61.106'85x7) de 427.747'95€.

Por tanto, y dado que se pagaron 482.366'54 €, el swap causó una disfunción de 54.618'59 euros, cantidad que, por estar incorrectamente diseñado, la actora pagó de más y que la demandada debe en consecuencia devolverle.

Esta será la cantidad que, apreciando el posible error (parcial) y ajustando el contrato a los términos en que pudo ser correctamente entendido y a las circunstancias de los préstamos que estaba llamado a cubrir, se concederá al actor.

Realizado este ajuste el contrato queda además equilibrado, desapareciendo cualquier posible desequilibrio o abuso.

Cuarto.- Intereses y costas.

Sobre la cantidad que va a concederse (54.618'59 euros) deberá la demandada a la actora intereses al tipo legal del dinero desde la fecha de la interpelación judicial (sirve como tal el emplazamiento, llevado a cabo el 28.12.12) hasta sentencia, e incrementado el tipo en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago (576 LEC)

No habrá pronunciamiento sobre costas, al ser parcial la estimación de la demanda (394 LEC).

Visto cuanto antecede **FALLO**

Que **estimando parcialmente la demanda** deducida por el Procurador Sr. Araiz en nombre de RV, S.L. frente a BANCO SANTANDER, S.A.:

1. Declaro **parcialmente nulo** el conjunto o unidad contractual formado por los siguientes contratos: Contrato Marco de Operaciones Financieras de 17.06.05, contratos de permuta financiera de 17.06.05, contrato de permuta financiera de 01.03.06, contrato de permuta financiera de 07.03.07 y contrato de permuta financiera de 30.05.08.
2. Condono a BANCO SANTANDER, S.A. a estar y pasar por dicha declaración y, en consecuencia, a pagar a RV, S.L. la cantidad de **54.618'59 euros**, más los intereses al tipo legal del dinero desde el 28.12.12 hasta sentencia e incrementado el tipo en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.
3. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y que admite recurso de apelación en ambos efectos, que deberá interponerse en el plazo de los veinte días contados desde el siguiente a la notificación, ante este juzgado y para ante la Audiencia Provincial, mediante escrito en el que el apelante deberá citar la resolución apelada y los pronunciamientos que sean objeto de recurso y exponer las alegaciones en que se base la impugnación (art. 453 lec en redacción dada por Ley 37/11 de 11 de octubre, DT Única de dicha Ley y DT 2a de la LEC 1/00).

No se admitirá el recurso si quien lo pretende no acredita, al interponerlo, que ha consignado en la cuenta de depósitos del juzgado la cantidad de 50 euros (DAd 15 LOPJ introducida por LO 1/09 de 3.11.BOE 4.11).

Por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, y que se incluirá en el libro de sentencias, definitivamente juzgando la primera

fb

abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

instancia, la pronuncio, mando y firmo en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

Publicación. Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el juez que la dictó en el día de su fecha y hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo la secretario judicial doy fe.