

VIALEGIS DUTILH, S.L.P.

Av. Diagonal, 652, Esc. A, 8º

08034 BARCELONA

ESMERALDA OLIVARES ALBA (Procuradora dels Tribunals)

Tel.: 93 700 05 18 Fax: 93 168 07 54

E-Mail: olivaresprocuradora@yahoo.es

Lt: MIGUEL CERVILLA DOMINGUEZ

S.Ref.: M/Ref.: A101057

Notificat: 14/06/11

Señalamiento: FINE PREPARAR APEL.LACIÓ-NO

CONDEMNEN EN COSTES

Plazo: 5 Dia(s) Fine el: 21/06/2011

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7

Rubí

Procedimiento: Juicio Ordinario Nº 657/2010

SENTENCIA Nº 106

| | |
|--|---------------|
| IL·LUSTRE COL·LEGI PROCURADORS DE TERRASSA | |
| SEU RUBÍ | |
| RECEPCIÓ | NOTIFICACIÓ |
| 10-06-11 | 14-06-11 |
| Article 151.2 | L.E.C. 1/2000 |

En Rubí a Veintiocho de abril de dos mil once

Vistos por mí, D^a. Dulce Regina Caño Aranda, Jueza en sustitución del Juzgado de Primera Instancia número Siete de Rubí y su Partido Judicial, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado con número 657/2010 a instancia de ^E ~~.....~~, S.L representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Esmeralda Olivares Alba asistido por el Letrado D. Miguel Cervilla Domínguez contra BANCO SANTANDER, S.A representado por el Procurador de los Tribunales D. Jaume Paloma Carretero asistido por el Ldo D. Santiago García Carrillo, siendo el objeto del procedimiento la declaración de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros con retorno de las liquidaciones abonadas por la actora y subsidiariamente la cancelación anticipada del contrato sin coste ni penalización a la actora con efectos de 30 de abril 2010.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora D^a. Esmeralda Olivares Alba en nombre y representación de ~~.....~~ S.L interpuso demanda de juicio ordinario, y, alegando los hechos y fundamentos que tuvo por pertinentes y que se dan por reproducidos en aras a la brevedad, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se acordase dictar sentencia declarando la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros así como las condiciones particulares, condiciones generales suscritas entre las partes, con la obligación de la demandada de devolver a la actora todas las liquidaciones que han sido abonadas desde la suscripción del contrato y que asciende a 8.770,79 euros; subsidiariamente que se declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas en el contrato así como en las condiciones generales, condiciones particulares, y en particular la correspondiente a la Cancelación Anticipada, en su integridad sin que ello suponga coste, ni penalización, ni cargo ni interés alguno para la actora, con efectos de 30.04.2010.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado de la misma a la demandada, que comparece con la representación indicada contestando a la demanda en la forma que consta en autos y que se da por reproducida, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda con expresa imposición de costas.

TERCERO.- Convocadas las partes para la celebración de la vista, constituidas las actuaciones en trámite de prueba, se practicaron las propuestas por las partes que fueron admitidas con los resultados que obran en autos, señalándose la fecha de 05 de abril para la práctica de la celebración de la vista. Celebrada la misma quedaron las actuaciones para su resolución.

CUARTO.- En la tramitación y substanciación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por acumulación de actuaciones en el juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora acción de nulidad del contrato suscrito con la entidad Banco de Santander de gestión de riesgos financieros por la existencia de cláusulas oscuras y abusivas, manteniendo que el contrato contraviene la buena praxis bancaria y alegando en síntesis que la representante legal de la entidad actora D^a. Ana María [REDACTED] carece de formación académica ó experiencia financiera suficiente para evaluar los productos financieros que le fueron ofrecidos por la entidad con la trabajaba, que se llevó a término la firma del referido producto en base exclusivamente a la confianza que se tenía en los empleados de la entidad demandada..

La actora suscribió en fecha 25 de octubre de 2007-folios 51 a 60 de las actuaciones- un Contrato Marco de operaciones financiera (CMOF) y documento de Confirmación de Permuta Financiera de tipos de interés -folios 61 a 65- con Anexo sobre el Funcionamiento producto Swap Convertible con Cap con Knock-Out - folio s 66 y 67 de las actuaciones. El referido contrato con un nominal de Cuatrocientos mil euros y una duración de tres años, con un tipo fijo de 4,65%, un tipo cap 5,25% y un tipo barrera Knock-Out de 5,75%, con un tipo variable de Euribor 3M, según las reglas de cálculo de la federación bancaria europea y que a efectos informativos aparece en la página Euribor01 de Reuters y siendo la fecha de fijación del tipo variable de referencia el segundo día hábil anterior a la fecha de inicio de cada periodo de cálculo.

La parte actora interesa la nulidad de dicho contrato manteniendo que el mismo no contiene información veraz, ni clara, ni precisa, ni comprensible sobre las características del producto financiero contratado, no habiéndose advertido debidamente al cliente del riesgo que asume con la contratación del producto, sin que se hubiesen realizando los test de conveniencia e idoneidad dada la complejidad del producto. No habiendo informado la entidad financiera debidamente de las características y riesgos del producto, no evaluando la idoneidad y conveniencia del producto al cliente entendiéndose que se produce un incumplimiento con ello de las normas que regulan las condiciones generales de la contratación así como de las normas que regulan el deber de información de la entidad financiera a los clientes que adquieren productos bancarios contenidas tanto en la Ley de Mercado de Valores reformada por la Ley 27/2007 de 19 de diciembre y desarrollada por el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero. Por todo ello interesa se dicte sentencia declarando la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros así como las condiciones particulares, condiciones generales suscritas entre las partes y subsidiariamente se acordase la cancelación anticipada del contrato en su integridad sin que ello suponga cote, ni penalización, ni cargo ni interés alguno para la actora con efectos de fecha 30.04.2010 fecha en la que se pone de manifiesto la disconformidad de la actora con el contrato y se acuerde la no obligación de la actora a abonar liquidación alguna a la demandada que se hubiese devengado desde el 30.04.2010. Al entender que existen cláusulas oscuras y abusivas en el contrato así como en sus condiciones generales y particulares, especialmente en la correspondiente al "vencimiento anticipado" que recogen las condiciones generales interesando se tenga por no puesta acordando la cancelación anticipada del contrato en su integridad sin que ello suponga coste, ni penalización, ni cargo ni interés alguno para la actora con efectos del 30-04-2010 y la no obligación de abonar cantidad alguna en concepto de liquidación la actora que se hubiese podido devengar desde el 30-04-2010.

la validez del consentimiento prestado por la Administradora de la mercantil actora, manteniendo que fue las relaciones con la entidad financiera eran con tercera persona por

designación de la mercantil que fue ésta informada y quien actuaba ante la entidad financiera en nombre de [REDACTED] S.L, no siendo la Sra. Ana M^a [REDACTED] sino el Sr. [REDACTED] que era quien actuaba habitualmente y era una persona con formación y habituado al actuar en el tráfico económico y bancario, debidamente formado para entender los productos contratados, que era la persona también designada para otras mercantiles, manteniendo que la actora era una empresa de grupo alguna de cuyas otras empresas habían contratado otras permutas financieras con otras entidades o con la propia demandada. Manteniendo que las condiciones generales y particulares así como las cláusulas que recogen son de redacción comprensible que recogen con claridad las obligaciones de las partes, así como los costes que resultan inherentes al producto. En tanto el objeto del mismo es paliar los riesgos ante potenciales subidas del tipo del euribor, mediante una estructura de liquidaciones previamente fijada en las cláusulas, comprensible de forma que el producto contratado permitía reducir el impacto negativo del endeudamiento ante las posibles subidas del Euribor en los créditos que disponía la mercantil, superiores a 400.000€. Interesando la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

Los hechos controvertidos fijados en la Audiencia Previa fueron si se cumplieron debidamente por el demandado con su obligación de información al actor a fin de demostrar que en el momento de la firma del contrato ésta disponía del conocimiento suficiente de los derechos y obligaciones que estaba asumiendo, la concreción de si existían o no cláusulas oscuras y abusivas en el contrato. La concreción de la naturaleza jurídica del contrato si era un contrato de seguro o financiero.

SEGUNDO.- Debemos pues valorar la prueba practicada a tenor de lo dispuesto en el art 217 LEC: "1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

La parte actora aporta como documento número 1 el CMOF - contrato marco de operaciones financieras - firmado el 25-10-2007 en la primera de las estipulaciones se recoge la naturaleza definiciones e interpretación de las mismas, en la segunda de las estipulaciones se concreta el objeto del contrato marco "(...)la regulación de la relación negocial que surja entre las Partes, como consecuencia de la realización de las operaciones que con carácter meramente enunciativo a continuación se relacionan (...)" para a continuación concretar que se hace mención a permutas financiera -SWAPS-, operaciones de tipos de interés a plazo-FRA-; operaciones de Opciones y futuros, en mercados no organizados; operaciones de compraventa de divisas(FX); cualquier combinación de las anteriores, operación similar o cualquiera de análoga naturaleza que se especifique en la correspondiente confirmación.

En el último punto hace mención al contrato que posteriormente se aporta -folio 61 y ss de las actuaciones, que se denomina CONFIRMACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERES ("SWAPS de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral y con Cap. con Knoch-out") el CMOF firmado por las partes el 25-10-2007 tenía como objeto la primera de las operaciones que se recoge en su estipulación segunda. Sin perjuicio de la necesidad y conveniencia de conocer lenguas foráneas, el uso de términos técnicos sajones en un contrato financiero entre nacionales exige la plena constancia de que los conceptos utilizados son plenamente comprensibles por quien lo firma.

El contrato suscrito por las partes es de los conocidos y llamados como "permuta de cuotas de tipo de interés" o "swap de tipo de intereses". En momento alguno se recoge ni aparece término alguno que permita identificarlo como un contrato de seguro. Debemos recordar que un contrato de seguro es aquel mediante el cual una persona física o jurídica a quien denominamos asegurador se obliga a cambio de una cantidad de dinero, que se denomina prima, a indemnizar a otra persona física o jurídica llamada asegurado o a quien sea el titular del bien asegurado, del un perjuicio o daño que pueda causar un suceso incierto. En parte alguna de los documentos citados se concreta la obligación por parte de la mercantil actora del pago de una prima a la otra parte contratante. La legal representante de la actora reconoció no haber pagado cantidad alguna en dicho concepto. Sin perjuicio que los términos utilizados en el momento de la información-venta del producto por parte de los trabajadores de la entidad financiera pudieran causar una expectativa de que el objeto del producto era disponer de una "cobertura" por una posible subida de los tipos de interés y el uso de dicho término "cobertura" generase una impresión de estar contratando un producto que le "cubría-protegía-" el riesgo de una subida de los que tipos de intereses - términos utilizados por la testigo Sra. [REDACTED] que en su declaración manifestó que el producto da una cobertura del riesgo financiero del incremento de tipos, mas no se dan los requisitos exigibles en un contrato de seguro no se dan en el concertado entre las partes, sin perjuicio de la primera impresión o sensación que hubiera podido tener la actora en el momento de recibir la información por la Sra [REDACTED] o la Sra. [REDACTED] - trabajadoras de la demandada en la oficina del Banco de Santander donde se realizaron los contratos- no se recoge en lugar alguno de los contratos que estos sean Pólizas de seguro, ni se establece una prima de carácter anual, ni forma de pago de ésta.

A tenor de la documental aportada nos encontramos con contrato bilateral, sinalagmático, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte, ello queda así recogido en cuanto se acuerda que en función de las oscilaciones de los tipos referenciales

La parte actora tenía créditos con terceras entidades financieras por un monto total a 400.000€, si bien se concreta como capital, que no es el que tenga disponible, sino el capital

sobre el que se acuerda por las partes la aplicación del presente contrato, que si el tipo de interés de estos préstamos era superior a 4,65% y hasta 5,75% el diferencial de intereses que tuviera que abonar a las terceras entidades por los créditos sería recuperado por la actora mediante los abonos que le realizaría en sus cuentas la entidad Banco de Santander y si el tipo de interés fuese inferior al 4,65% se produciría un saldo negativo en el que la actora-cliente tendría que hacer el pago de las liquidaciones. Si los tipos de interés subían por encima de 5,75% la actora debía asumirlo, sin percepción alguna por parte del producto contratado.

Nos encontramos con un contrato en el que se estipula un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Nos encontramos con un tipo de operación entendemos que atípica, pero válida y plenamente eficaz al amparo de lo previsto en el artículo 1255 del C. Civil. De hecho en la documental se recoge -folio 70 de las actuaciones- una liquidación en la que se concreta el tipo de referencia en el periodo que se recoge que el tipo de referencia resultante ha sido de 4,794% y en tanto el tipo fijo era de 4,65% le genera una liquidación favorable a [REDACTED], SL de 145,60€, en el mismo sentido -folio 72- la liquidación resultado positivo a la actora por valor de 357,78€ que la parte actora no ha negado haber percibido. Se constata que no existen elementos que permitan valorar el contrato firmado como un contrato de seguro, al estar ausente un elemento fundamental que define al mismo como es el pago de una prima -artículo 1 Ley Contrato de Seguro. No dándose los requisitos jurídicos necesarios para acreditar que las partes firmasen un contrato de seguros

TERCERO.- El contrato- aunque formalmente sean dos documentos es un único contrato- firmado por las partes es un instrumento financiero concertado con la finalidad de garantizarse el cliente un tipo de interés fijo en los créditos con interés variable que tenía contratados. En la búsqueda de un mecanismo de estabilización para intentar controlar sus costes financieros. Es un producto financiero sobre un capital que no corresponde al capital efectivamente entregado por la entidad financiera, sino fijado en base al pasivo financiero dispuesto por la mercantil ó persona física que lo contrata- en el presente supuesto se concretó en 400.000€ a tenor de los préstamos que tenía la mercantil actora. El objeto del contrato a tenor de la prueba practicada en el acto de la vista es respecto a la actora es que en caso de subida del tipo referencial que -debe estar relacionado con los tipos de interés de los préstamos concedidos por terceros a la actora- supondría un incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente ello vendría cubierto por el pago de las liquidaciones de la entidad financiera y si se produce una bajada del tipo de interés - que supondría un menor coste financiero en operaciones de pasivo para el actor- éste deberá liquidar a favor de la otra parte contratante (quien según manifiesta en el acto de la vista no deja de ser un intermediario-comisionista, en tanto mantiene que el producto financiero está vendido a terceros) una liquidación por la diferencia del coste entre el tipo fijo concretado y el tipo resultante en la liquidación, todo ello con el único objetivo de poder tener una previsión de estabilidad de sus costes financieros.

En nuestro actual sistema económico la participación de las entidades financieras se han tornado un elemento imprescindible en todas y cada una de las transacciones comerciales, ya sea para la gestión de cobros, de pagos -como meros intermediarios de gestión de servicios- como para la no menos imprescindible generación de medios de financiación vital - no tan sólo para las entidades mercantiles- es por ello que el ordenamiento legal ha establecido unas normas mínimas de conducta para las entidades de crédito o financieras con un objetivo informativo que debe ser estrictamente respetada por la entidad financiera con carácter previo a la formalización de las operaciones. Debemos remontarnos al menos a la Ley de

Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio, que establece:” 2. Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Reglamentariamente se establecerán los criterios de homogeneidad en virtud de los cuales un conjunto de valores negociables se entenderá integrado en una emisión.

También quedarán comprendidos dentro de su ámbito los siguientes instrumentos financieros:
a) Los contratos de cualquier tipo que sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

b) Los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta

financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier

otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y

aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

c) Los contratos u operaciones sobre instrumentos no contemplados en las letras anteriores, siempre que

sean susceptibles de ser negociados en un mercado secundario, oficial o no, y aunque su subyacente sea

no financiero, comprendiendo, a tal efecto, entre otros, las mercancías, las materias primas y cualquier otro

bien fungible.

A los instrumentos financieros, les serán de aplicación, con las adaptaciones precisas, las reglas previstas en esta Ley para los valores negociables.

Atendiendo a las pruebas practicadas en el acto de la vista y dado que nos encontramos ante un contrato de permuta financiera, la aplicación de la referida ley no es objeto de discusión, la misma fue modificada posteriormente a la firma del contrato suscrito por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, que recogen regulación sobre los mercados de instrumentos financieros.

En el Título VII se establecen las normas de conducta que han de respetar quienes presten los servicios, el art. 79 de la referida ley dispone “Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.(...)”. Para posteriormente en el 79 bis recoger que dicha información debe ser :“(…) Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.(...)”

El objeto de regular la obligación de poner a disposición del contratante la información en los términos establecidos no es otro que el cliente que contrata disponga de elementos lo

suficientemente comprensibles que le permitan tomar su decisión con pleno conocimiento de causa, para ello el cliente - la actora en este caso habría de haber dispuesto de información suficiente para conocer y que dicha información hubiese sido lo suficientemente inteligible para un cliente no profesional - en los términos que la propia ley indica de tal se trata a fin de formarse un criterio propio basado en elementos comprensibles que le hubiesen permitido valorar plenamente las consecuencias económicas del contrato que estaba firmando y que estaba asumiendo para su negocio, de forma que si decidía firmarlo, lo hacía con plena consciencia del riesgo que asumía y del efectivo margen de costes económicos que le supondría para su empresa, de forma que pudiese realizar las provisiones económicas y contables del previsible coste que pudiesen devenir como consecuencia de la asunción del contrato que firmaba y al que venía a vincular a su empresa. Éste y no otro es el objeto para el que se fija el criterio de información mantenido por la normativa vigente en el momento de la firma octubre 2007, que se ha venido desarrollado con las normativas posteriores.

El producto financiero objeto de las presentes actuaciones no puede considerarse un producto sin complejidad, salvo que se explique en la efectiva forma en que se realizó en el acto de la vista, entre otras cosas se vino a reconocer la imposibilidad de cálculo del coste de la comisión de cancelación. Si bien es un producto que se encuentra sujeto a las oscilaciones del tipo del Euribor, no es menos cierto que los razonamientos y argumentos que recogen los documentos nº 1 y 2 de la demanda donde se regula la relación entre las partes, indica que el perfil de la persona que asume la decisión, que no es otra que quien firma el contrato, no habiéndose practicado prueba de contrario en el acto de la vista, ni habiendo sido propuesta en el acto de la Audiencia Previa, es la Sra. [REDACTED] necesitaba disponer de conocimientos de lenguaje técnico financiero, el propio del contenido de los mismo, complejo, en todos sus apartados tanto en los esenciales como en los menos esenciales, es suficiente un intento de lectura de ambos documentos para observar como la misma se hace farragosa, con conceptos complejos, que en si mismos requieren una nueva definición de términos y conceptos. Términos semejantes con conceptualizaciones específicas fecha de la operación, fecha de inicio, fecha de vencimiento, fechas de pago para el pagador del tipo variable, fechas de fijación del tipo variable de referencia, fecha de conversión unilateral; pudiendo continuar con la compleja estipulación del sistema de cálculo del tipo variable que es el utilizado a efectos de liquidaciones, sin entrar en las causas de vencimiento anticipado que ocupan una parte prolija del CMOE, casi dos páginas de una letra de un tamaño que sólo cabe considerar como mínimo incómoda, para una persona que tiene derecho a disponer de información y cuya facilitación empieza por una letra que asemejaría a una letra tipo arial 7. constatado a tenor de la documental dada por reproducida.

La parte demandada mantiene que en el momento de la firma no eran preceptivos la realización de test posteriormente dispuestos, a fin de constatar que el cliente dispone plenamente y puede establecer un criterio que le permita decidir con la información facilitada mas de la prueba practicada ha quedado patente que la persona que firmó el contrato la Sra. Ana M^a [REDACTED] no fue informada por las personas de las que disponía Banco Santander en la oficina donde fue contratado el producto. Tanto la Sra. [REDACTED] como la Sra. [REDACTED] manifestaron que por su parte ninguna de ellas habfan informado en forma alguna a la Sra. [REDACTED], persona que firmó los contratos objeto del presente procedimiento, no habiendo quedado acreditado de forma alguna de la práctica de la prueba, que ante la entidad Banco de Santander existiera una tercera persona que se encontrase facultada para actuar en nombre y representación, como Director financiero o cargo asimilado que fuese quien debía ser informado para tomar decisiones como la presente y que fuese debidamente informado.

legalmente por la entidad financiera demandada, ya recogidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2003, que indicaba: "...la entidad efectúa como labor profesional y

remunerada, una gestión de intereses y por cuenta de tercero, en el marco de las normas del mercado de valores; establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad...". No se ha practicado prueba que acredite que se han tomado las necesarias medidas de transparencia y diligencia fijados en la Ley anteriormente citada en vigor en el momento de los hechos, ni el criterio fijado en la reiterada jurisprudencia y, no cabe sino reconocer que se llevó a término la firma del contrato por parte de la Administradora de la mercantil -actora sin haber recibido información en la forma legalmente establecida y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio que debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato.

CUARTO.- La actora interesa la nulidad de las condiciones particulares y generales de los contratos suscritos en fecha 19-10-2007 y 25-10-2007 e insta se proceda a la devolución de todas las liquidaciones que han sido abonadas a Banco de Santander que ascienden a 8.770,79 euros. Se pretende la nulidad en base al consentimiento viciado de la Sra. [REDACTED] administradora de [REDACTED] SL quien firmó los contratos en el convencimiento que el referido producto era una forma de garantizarse un tipo fijo en los créditos que tenía contraídos con diversas entidades financieras, no que hubiese contratado un producto que le garantizase pagar un tipo fijo hasta el 5,75%, momento a partir del cual y según la cláusula de con Knoch-out, debería asumir plenamente y en tanto los tipos fuesen inferiores al 4,65% tendría que liquidar al banco las diferencias hasta el referido tipo, desconociendo ni habiendo recibido información de las previsiones de fluctuación del Euribor en los meses y años venideros a la firma de los contratos, ni en modo alguno había sido informada del coste de cancelación del producto, que según se manifestó en el acto de la vista, no conocían el sistema de cálculo del mismo ni las profesionales cualificadas que la entidad mantiene en sus oficinas, realizándose los cálculos en una sede específica de la entidad y siempre sobre estimaciones de cálculo de una complejidad suma y de una cuantía impredecible, desconocía, no había sido por tanto informada del alto riesgo del producto que contrataba.

En cuanto a la ausencia de información del producto financiero entre las partes, la normativa aplicable- la que obligaba a la entidad a facilitar información a la cliente era la exigida por la Ley anteriormente citada Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio, así como la DIRECTIVA DEL CONSEJO de 20 de diciembre de 1985 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) 85/611/CEE y la 93/6/CEE del Consejo así como la Directiva 2000/12 /CE del PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de marzo de 2000 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio .

Cabe valorar en el caso que nos ocupa que la carga probatoria a fin de aportar la prueba que acredite que se realizó información veraz, transparente y suficiente a la Sra. [REDACTED], el "onus probandi", recae sobre la entidad financiera que como profesional del sector siéndole exigible una diligencia propia de un empresario que debe actuar siempre a favor de los intereses del cliente al que le ofrece el producto, en este caso del producto que vende a Servicios de Manipulados - así lo exige el art. 79 de la referida LMV en tanto carece de dicha disposición la actora, la ausencia de dicha prueba y el reconocimiento explícito realizado en la sala conlleva la estimación de la demanda. Sin que sea preceptivo para ello la aplicación -que no cabe- al caso de la posterior creación normativa que se ha ido llevando a término tanto por

La legislación nacional como por la europea, más si cabe la aplicación de la normativa en vigor en el momento en que se portó a término la firma de los contratos que vincularon a la empresa actora con la demandada.

Ello porque de la prueba practicada no consta que se le haya proporcionado a la Sra. [REDACTED] información y documentación necesaria para que formase su propio criterio en base a una detallada información no sólo de la operación que se iba a contratar, sino de los potenciales riesgos que se podían producir en un producto como el swap cuando los tipos "hipotéticamente" bajarán, es por ello que ha quedado probado que no fue informada por persona alguna de la entidad financiera y no ha quedado probada la existencia de la "cualificada" tercera persona que recibió la información y que entendió de forma plena la complejidad del contrato que iba a firmar la Sra. [REDACTED], de la que no se aporta por parte de la demandada que sea una persona con amplia experiencia en el ámbito financiero- al menos con respecto a la relación mantenida por su entidad, de facto se llega a reconocer por parte de las trabajadoras de la demandada que ni siquiera la recordaban de haber mantenido con ella negociación ni información, no ya de este producto, ni de cualquier otro relacionado con la gestión de la empresa; En tanto la Sra. [REDACTED] mantiene que meramente se encargaba de llevar los documentos al banco, para realizar los pagos e ingresos de efectos de cobro. En relación a la supuesta tercera persona Sr. [REDACTED] no ha quedado acreditada la capacidad de representación que ante la entidad financiera tenía dicha persona, ni tan siquiera que tuviera firma en las cuentas de la empresa, como autorizado, prueba que hubiera resultado de fácil práctica en tanto es la entidad financiera quien dispone de dicha documentación, incluidas las copias de los poderes o las meras tarjetas de firmas propias de la apertura de una cuenta cualquiera. En el mismo sentido respecto al Sr. [REDACTED] cabe entender que hermano de la Administradora de la mercantil que interpone la demanda.

De todo ello se constata que en el momento en que se prestó consentimiento - firmó el documento- por la Sra. [REDACTED] carecía de información y conocimiento que debía serle facilitado por la otra parte contratante, no habiendo quedado acreditado que dispusiera de capacidad "per se" en base a su propia formación académica, profesional o por experiencia de dichos conocimientos que le hubieran permitido calibrar las responsabilidades que contraía para la empresa en diferentes escenarios potenciales del mercado financiero futuro cabe estimar la nulidad de dicho consentimiento en tanto su consentimiento adolece de un error esencial, que no podemos imputar a quien inicia la presente demanda.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 26-06-2000 recogió el concepto de error invalidante del contrato "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a celebrarlo, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padezca; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular".

Procede por tanto acordar en tanto se acuerda la nulidad del contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 1303 Código civil - Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.- En el presente proceso corresponde que ambas partes se restituyan recíprocamente lo abonado en el presente contrato. Debiendo por ello condenar a la entidad financiera demandada a devolver todas las liquidaciones abonadas por la mercantil actora en la cantidad de 8.770,79€, en tanto a tenor de la documental que consta en actuaciones corresponde a la diferencia de las cantidades abonadas por la actora una vez deducidas las cantidades percibidas por la misma entidad financiera demandada a tenor de la documental que consta en las actuaciones aportada por la actora que no fue impugnada, ni se aportó documentación de contrario por parte de la demandada.

QUINTO.- El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone "1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares."

En el presente procedimiento no cabe hacer expresa imposición de todas a tenor de la más que numerosa jurisprudencia - buena parte de ella aportada por la demandada, favorables todas ellas a la misma- que se está generando en estos tiempos en relación a los tipos de contratos financieros que se han conocido en este procedimiento. Acordando por tanto no imponer las costas a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una de ellas las propias y las comunes por mitad.

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

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demandada interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a.Esmeralda Olivares en nombre y representación de [REDACTED], SL contra la entidad financiera BANCO SANTANDER y debo declarar y declaro nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en fecha 25-10-2007 Y 19-10-2007- documento 1 de la demanda- así como sus condiciones particulares y condiciones generales, y debo condenar y condeno a la entidad demandada a pagar a la parte actora la suma de OCHO MIL SETECIENTOS SETENTA EUROS CON SETENTA Y NUEVE CÉNTIMOS DE EURO - 8.770,79 €.

No cabe hacer imposición de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que la misma no es firme y que contra la presente sentencia cabe de interponer recurso de APELACIÓN ante la Excm^a Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de CINCO días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá certificación para su unión a los autos a que se refiere, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.