



Juzgado de Primera Instancia Nº 4 (Antiguo mixto Nº 4)
C/ Obispo Rey Redondo nº 9 (Antiguo Colegio La Salle)
San Cristóbal de La Laguna
Teléfono: 922 20 80 40
Fax.: 922 20 80 43

Intervención:
Demandante
Demandado

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

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0001107/2010
Proc. origen: Juicio monitorio
Nº proc. origen: 0000297/2010
NIG: 3802330120100001354
Materia: Reclamación de Cantidad
Resolución: Sentencia 000166/2011

Procurador:
M. ANGELES PATIÑO BEAUTELL
ESTHER MARTÍN GARCÍA

Sección: J

NOTIFICADO

02 JUN 2011

ESTHER MARTÍN GARCÍA
PROCURADOR

SENTENCIA

En San Cristóbal de La Laguna, a treinta y uno de mayo de dos mil once.

Vistos por la Ilma. Sra. D^a María Rosa Martínez López, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Cristóbal de La Laguna, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO sobre nulidad contractual**, seguidos ante este Juzgado bajo el número **1107/2010**, a instancia de BANCO SANTANDER, S.A - demandada reconvencional -, representada por la Procuradora, D^a. María de los Ángeles Patiño Beutell y asistida por el Letrado, D. Manuel Gallego Águeda, contra la entidad S.L - actora reconvencional - representada por la Procuradora, D^a. Esther Martín García y asistida por los Letrados, D^a Natalia-Dara Rodríguez de la Vallina y D. Carlos Gómez Sirvent.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Procuradora de los Tribunales, D^a María de los Ángeles Patiño Beutell, en la representación indicada, presentó demanda de juicio ordinario en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba solicitando se dictase una sentencia por la que se condene a la entidad demandada al pago de la cantidad de 16.951,14 euros, más sus intereses, así como el pago de las costas del procedimiento.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda por decreto de fecha 28 de junio de 2010, se emplazó a la demandada con el fin de que en el plazo de veinte días procediese a presentar su escrito de contestación a la demanda.

Con fecha de 28 de julio de 2010 compareció la Procuradora, D^a. Esther Martín García en nombre y representación de S.L,





presentando escrito de contestación a la demandada en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando el dictado de una sentencia por la que se desestime la demanda absolviendo a la demandada respecto a los hechos objeto de demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

La misma representación procesal formuló demanda reconvencional contra BANCO SANTANDER, S.A en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando el dictado de una sentencia por la que se declare: 1. La nulidad del contrato de Confirmación de Permuta Financiera de tipos de interés de fecha 17 de abril de 2008 y del Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 18 de abril de 2008 por manifiesto vicio en el consentimiento y se condene a la demandada a restituir a la actora el importe de las liquidaciones que haya percibido en virtud de los contratos suscritos más los intereses legales desde que aquellas liquidaciones se cargaron en la cuenta, debiendo igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de la actora como consecuencia de los contratos suscritos, sin perjuicio de la obligación de la actora de devolver igualmente las prestaciones percibidas, así como al pago de las costas procesales. 2. Subsidiariamente, se declare la resolución del contrato de Confirmación de Permuta Financiera de tipos de interés de fecha 17 de abril de 2008 y del Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 18 de abril de 2008 con efectos de carácter retroactivo, de manera que las partes deberán devolverse recíprocamente lo que hubieran percibido en virtud de dichos contratos, y se condene a la demandada a restituir a la actora el importe de las liquidaciones que haya percibido en virtud de los contratos suscritos más los intereses legales desde que aquellas liquidaciones se cargaron en la cuenta, debiendo igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de la actora como consecuencia de los contratos suscritos, sin perjuicio de la obligación de la actora de devolver igualmente las prestaciones percibidas, así como al pago de las costas procesales. 3. Subsidiariamente, se declare la nulidad y/o no incorporación a los contratos de determinadas cláusulas tanto por ser abusivas como por ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles o, en su caso, se integre el contrato y se modulen sus efectos a fin de equilibrar las prestaciones de una parte y las respectivas contraprestaciones y al pago de las costas procesales.

Con fecha de 2 de diciembre de 2010, la Procuradora, D^a María de los Ángeles Patiño Beautell, en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A presentó escrito de contestación a la demanda reconvencional en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando el dictado de una sentencia por la que se desestime la demanda de contrario, con expresa condena a la parte actora al pago de las costas del procedimiento.

TERCERO. La audiencia previa se celebró el 3 de febrero de 2011 con la asistencia de la parte actora y la demandada debidamente asistidos por Letrado y representados por Procurador haciéndose constar que las partes no habían alcanzado acuerdo alguno.

La parte actora, demandada reconvencional, solicitó como medios probatorios, documental por reproducida, más documental, interrogatorio de





parte, testifical y pericial. La parte demandada, actora reconvenzional, propuso como tales el interrogatorio de parte, documental, testifical y pericial. Todos los medios probatorios fueron admitidos. Se convocó a las partes para la celebración del acto del juicio oral para el día 24 de marzo de 2011, suspendiéndose a instancia de la actora, demandada reconvenzional, ante la falta de presentación de la más documental interesada en el acto de la audiencia previa, convocándose de nuevo por providencia de 23 de marzo de 2011 para el día 19 de mayo de 2011 a las 11:10 horas.

CUARTO. Llegado el día y la hora se celebró todos los medios probatorios propuestos y aceptados. Tras su práctica, las partes formularon oralmente sus conclusiones, quedando las actuaciones pendientes del dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El objeto del presente procedimiento lo constituye el Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipo de Interés (Swap Flotante Bonificado) y el contrato Marco de Operaciones Financieras suscritos el 17 y 18 de abril de 2008 respectivamente entre la entidad bancaria BANCO SANTENDER, S.A y la mercantil ~~XXXXXXXXXX~~, S.L.

BANCO SANTENDER, S.A presenta escrito de demanda en donde exige de la demandada, ~~XXXXXXXXXX~~, S.L el pago de 16.951,14 euros correspondientes al saldo deudor que a fecha de 18 de noviembre de 2009 presentaba la cuenta corriente abierta por la demandada – con fecha de 8 de enero de 1999 - en una de las sucursales del Banco Santander Central Hispano con motivo de la realización de diversas disposiciones.

~~XXXXXXXXXX~~, S.L se opone frontalmente al pago de tal importe, exigiendo, vía demanda reconvenzional, bien la nulidad de pleno derecho de sendos contratos por vicio de consentimiento, bien la resolución de los mismos con efectos de carácter retroactivo por la imposibilidad sobrevenida de alcanzar el fin perseguido con el concierto contractual, o bien la nulidad y/o no incorporación de determinadas cláusulas de ambos contratos por ser abusivas, ilegales, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Afirma que como empresa minorista dedicada a la actividad de la imprenta, a fecha de suscripción de los contratos objeto de litis, no contaba con ningún tipo de experiencia en la contratación de productos financieros, tratándose por ello de un simple cliente minorista que formalizaba con las entidades bancarias productos sencillos o simples – cuentas corrientes, pólizas, leasing, etc..-. Refiere que fue en el mes de marzo de 2008, durante el curso de las negociaciones con la entidad bancaria tendentes a obtener la financiación para la compra de una máquina, cuando el director de la sucursal 1300 del Banco Santander les visita en sus instalaciones ofreciéndoles un producto que, según aseguró, les interesaría mucho pues se trataba de un seguro que protegía a sus clientes frente a las subidas de los tipos de interés. Argumenta que sin experiencia en la contratación de productos financieros de semejantes características y con el





escenario de seguridad, confianza y conveniencia creado por la entidad bancaria, optó por la firma de sendos contratos. Mantiene la actora reconvenzional que el director de la sucursal en momento alguno les advirtió ni que estaban contratando un producto enormemente especulativo de altísimo riesgo con posibles quebrantos económicos de bajar los tipos de interés ni de los elevadísimos costes que conllevaba una cancelación anticipada de tales contratos. Fue en el mes de abril de 2009, después de practicarse en su cuenta corriente un cargo por importe de 4.180 euros cuando se exige información del producto contratado, optando por su cancelación inmediata a la que necesariamente tuvieron que renunciar al conocer que la misma supondría un coste de 77.000 euros. Ha sido después de haber recibido el oportuno asesoramiento jurídico y financiero cuando ha podido constatar que los productos en su día suscritos como un seguro, se trata más bien de un contrato financiero, altamente especulativo que con carácter trimestral y por cinco años le puede suponer la práctica de liquidaciones negativas en su cuenta corriente, es decir, es ahora y no antes conocedora de los importes riesgos que generaba la firma de tales contratos. Argumenta [REDACTED], S.L que la demandada reconvenzional se limitó a comercializar este producto especulativo y de altísimo riesgo como una simple cobertura de tipo de interés, limitándose a explicar las bondades del mismo pero omitiendo los riesgos del mismo – grandes pérdidas económicas – y sus costes de cancelación. De haber conocido la verdadera naturaleza y finalidad del producto contratado jamás lo hubiera contratado y mucho menos por el importe desproporcionado en el que se llevó a efecto, sobre un nominal de 800.000 euros, tratándose de una cifra arbitraria, injustificada e irracional impuesta unilateralmente por el entidad bancaria pensando únicamente en su afán de lucro. Por todo ello entiende [REDACTED], S.L que en la firma de ambos contratos incurrió en un flagrante vicio de consentimiento al haber incurrido en un error provocado por la falta de información necesaria tanto en la fase previa como coetánea a la contratación en relación con las consecuencias del producto como del coste de cancelación anticipado, habiendo incurrido la entidad bancaria en importantes infracciones de la normativa que en materia de contratación de productos financieros se han dictado en los últimos tiempos y ello con el único fin de garantizar que el cliente reciba una cumplida información del objeto y riesgos del producto financiero de forma tal que pueda tomar decisiones sobre la inversión “con conocimiento de causa”: normativa MIFID – Directiva 2004/39/CE -, artículos 78, 78 bis – distinción entre clientes minoristas y profesionales -, 79 y 79 bis del Capítulo I del Título VII de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y artículo 60 y siguientes del Real Decreto 217/2008 de Normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión.

Frente a tal pretensión BANCO SANTANDER, S.A argumenta que la demandante era plena conocedora de los términos y condiciones del contrato que suscribía toda vez que, tratándose de una mediana empresa y no de un consumidor, cuenta con capacidad, formación y experiencia más que suficiente para comprender un producto financiero como el contrato swap suscrito, entendiéndose contrario a la lógica que, de no ser un inversor cualificado y de no haber negociado las características del producto, contrate una operación sin conocer los detalles de la inversión con la simple lectura de los contratos que iba a firmar en donde figura de forma clara, concisa y explícitamente los riesgos y condiciones de la contratación. Afirma la entidad bancaria que fue la demandante quien quiso voluntariamente contratar estos productos negociando e incluso modificando sus condiciones para adaptarlas a sus expectativas, siendo informando en todo momento por su personal de los riesgos que conllevaba una operación de semejantes características. A su juicio no puede hablarse error





invalidante del consentimiento desde el momento en que la actora reconvenida era perfecta conocedora de las características y del funcionamiento del producto que, contrariamente a lo referido de adverso, no se trata de un producto especulativo sino de cobertura de riesgos de subida de tipos de interés "a medida" del cliente ya que sus características – importe de su nominal – fueron negociadas entre ambas partes. En cuanto al coste la cancelación anticipada, BANCO SANTANDER, S.A refiere que en los contratos suscritos al efecto se reflejan con claridad los criterios que se tiene en cuenta para fijar los costes de tal operación.

SEGUNDO. Preciso es efectuar a modo de preámbulo determinadas puntualizaciones sobre la malpraxis bancaria tributaria de nulidad o anulabilidad de determinados contratos que son ofrecidos al cliente como productos financieros y de las que resulta un perjuicio patrimonial para el particular o bien porque sufrió pérdidas en la inversión aconsejada por el banco o bien porque finalmente resulta deudor respecto a este como consecuencia de los efectos del producto financiero cuyo alcance no conocía o se le explicó insuficientemente, todo ello partiendo de la relación de confianza que en principio existe entre la entidad financiera y el cliente que se deja asesorar y guiar por el banco como comerciante experto en el ámbito de la financiación. Particularmente ilustrativos son los supuestos de contratos de depósito y los de "permuta financiera de tipo de interés", denominados SWAP, resultando por ello conveniente traer a colación ciertos conceptos relacionados con el contrato cuya nulidad se solicita.

El contrato litigioso se califica como ^{*}una Permuta financiera de tipos de interés tratándose de un contrato en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nominal en una misma moneda. Cabe decir, por tanto, aunque el contrato no venga definido propiamente como tal, que la permuta financiera de intereses es un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente, y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (importe nominal), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia", SAP Burgos núm. 445/2010 (Sección 3), de 10 noviembre.

Nos hallamos ante el conocido en la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap). Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C y 50 del, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro





lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes, SAP Asturias núm. 25/2010 (Sección 5), de 27 enero. En este sentido, como señala la sentencia de 19 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 184951) del Juzgado de lo mercantil nº 2 de Barcelona, "en esta modalidad de swaps, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente notional), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps"). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación". En definitiva, como se indica en la SJPI Asturias, Oviedo, núm. 211/2010 (Núm. 1), de 7 octubre, la finalidad esencial de la permuta financiera no es la especulación sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones de los mercados financieros. Pese a ello, la operación no está exenta de riesgos merced a su componente especulativo, en esta idea ha de citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18 de junio de 2009 (AC 2009, 1762) cuando establece que "la finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, hecho destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de intereses, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder". Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es característica destacable de tal clase de contratos. Y si bien su finalidad principal es protegerse frente a las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole especulativa, lo que explica que no lo sean sobre la deuda pendiente de amortizar en cada momento sino sobre el nominal inicialmente convenido, SJPI Zaragoza, Zaragoza, núm. 221/2010 (Núm. 1), de 15 septiembre. También con la misma línea de argumento la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de enero de 2010 (AC 2010, 6) (Sec 5ª) que recuerda que "en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés,





asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente".

De diversas Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España en fechas 3/6/2009, 23/6/2009 y 24/6/2009, cabe extraer que:

- el contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.

- para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

- se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

- entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

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

Las SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010, SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, ROJ SAP Z 2416/2010, subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan. Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010, dicen que "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil





y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

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

TERCERO. En el particular caso de autos BANCO SANTANDER, S.A y ~~██████████~~, S.L pactaron, con fecha de 18 de abril de 2008 sobre la base de un nominal de 800.000 €, y por un plazo de cinco años, la obligación de BANCO SANTANDER, S.A de pagar trimestralmente a ~~██████████~~, S.L las cantidades resultantes de aplicar el Euribor a 3 meses, mientras que la hoy actora reconvenicional se comprometía a pagar al banco, en mismo período la cantidad consistente, en un "Tipo Variable de Referencia menos el Diferencial", con un Tipo Fijo del 4,50%, Tipo Barrera Inferior del 3,70%, Tipo Cap del 6,45% y un Diferencial del 0,15%. Cada tres meses, y al tiempo de cada liquidación, las obligaciones de una y otra parte serían objeto de compensación, resultando una cantidad neta que abonaría la que finalmente resultara deudora: si el Euribor a tres meses era superior al porcentaje indicado anteriormente pagaba el banco, si el Euribor a tres meses era igual o inferior adeudaba el cliente.

Entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el artículo 1.261 del, se halla el consentimiento de los contratantes que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1262 del CC, y que será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio y si ello es así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria, todo ello puesto en relación con la normativa sobre normas y códigos de conducta. Según el artículo 1266 del CC, para que el error invalide el consentimiento ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto el contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio y además debe ser excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de





una diligencia media según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (TS 3/3/1994 (RJ 1994, 1645), 12/7/2002 (RJ 2002, 7145), 24/1/2003 (RJ 2003, 1995), 17/7/2006 (RJ 2006, 6379)...). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia atiende al criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y a la diligencia exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente exigible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trate de un profesional o de un experto y, por el contrario, la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociación con un experto, siendo preciso por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, afirmando las sents. de A. Prov. de Valencia de 26/4/2006 (JUR 2006, 272575) y 14/11/2005 (JUR 2007, 43510), sobre la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que, en el caso de productos de inversión complejos, la carga sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del que la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha diligencia.

En efecto, para que el consentimiento sea válido, ha de ser un consentimiento informado. Es decir el contratante ha de haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye, así como de los derechos y obligaciones que en virtud del contrato adquiere. Para ello es fundamental la fase de negociación precontractual, en la que cada uno de los contratantes ha de poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado de tal suerte que si el contrato llega a perfeccionarse lo haga convencido de que los términos en que aquél se concreta responden a su voluntad negocial. Si este deber de suministrar información es inherente a cualquier negociación incontractando, conforme a los postulados de la buena fe contractual (art. 7 del CC), adquiere en la contratación bancaria y con las entidades financieras en general un carácter de obligación legal por la complejidad y por la posición de superioridad que en la contratación ostentan las entidades bancarias y financieras frente a sus clientes. Dada la peculiaridad, complejidad y en muchas ocasiones carácter novedoso de algunos productos bancarios, la omisión por parte de la entidad bancaria en el suministro de información o el carácter deficitario de la suministrada conlleva que el cliente haya adquirido una noción incorrecta del producto y del coste económico que el mismo le va a suponer, por lo que el consentimiento prestado nace viciado y permite anular el contrato si el error recae sobre elementos esenciales del contrato; sin que pueda invocarse, como hace la demandada, la omisión por parte del cliente de la diligencia contractual exigible, es decir, que el error es inexcusable, ya que, la propia complejidad de los productos que las entidades diseñan y ofrecen a sus clientes hacen difícil que el cliente minorista pueda con una diligencia media o regular vencer el error.

Lo relevante en este caso estriba en determinar si la actora reconvenida, por medio de su representante legal, conoció la naturaleza y contenido del





contrato, sus obligaciones y los riesgos que ello implicaba. Esencialmente, lo que la actora reconvenicional imputa a la entidad bancaria es un defectuoso cumplimiento de su deber de información tanto de su funcionamiento como de las previsiones de variación de los tipos y de las posibilidades de cancelación anticipada. Por todo lo anterior, la pregunta clave que procede en autos es tan simple como si D. Jesús Salvador Trujillo Indalecio, como Administrador de la mercantil [REDACTED], S.L, conoció la naturaleza del contrato suscrito en los términos que se le exponen y para que el caso de desconocerla, era posible que llegara a aquel conocimiento a través de la diligencia exigible a un hombre medio. Ha de indicarse además que en el supuesto de autos se ha producido una frustración del fin del contrato ya que la finalidad del mismo no era especulativa, sino proteger a la actora reconvenicional frente al riesgo de pérdidas derivadas de una subida del tipo de interés al tener en su pasivo operaciones de crédito a interés variable. Pues bien, el producto ofertado por la entidad bancada y finalmente contratado resultó claramente inidóneo para tal finalidad; es más en la práctica ha supuesto un mayor endeudamiento de la empresa (lo que en todo caso permitiría resolver el contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, dado su carácter sinalagmático). El que la finalidad del contrato era esta ni siquiera fue discutida por la parte demandada reconvenicional y de hecho fue el argumento esgrimido por el director de la sucursal del BANCO SANTANDER, S.A, D. [REDACTED] Álvarez Pérez, en el momento de explicar los motivos por los que en un momento determinado ofreció tal producto al representante legal de la actora reconvenicional, "le manifestaron su inquietud sobre posibles subidas del tipo de interés".

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Efectivamente, nuestros Tribunales (así, sentencias de Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 5ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010, 6), Pontevedra de 7 de abril de 2010 (JUR 2010, 174861) o de Jaén de 27 de marzo de 2009 (AC 2009, 1604)), han venido poniendo especial énfasis en el deber de información que para la entidad financiera le exige la legislación vigente, y su incidencia en la formación de la voluntad contractual del cliente. La Ley 24/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781), del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302), en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, en la actualidad derogado por el Real Decreto





217/2008, de 15 de febrero vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7/4/2010 (JUR 2010, 174861) que las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permiten obtener la mayor rentabilidad y que en los contratos litigiosos de carácter aleatorio en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y por ende, del índice referencial, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión. Dicho de otro modo, en la medida que el Banco, como aconteció en autos, tomó la iniciativa en la contratación y tenía su propio interés en el contrato, es de suponer que la elección de las diversas variables del mismo (tipos de interés aplicables, periodos de cálculo ,costes..) no puede ser caprichosa, sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuaciones de intereses y precisamente la información relevante para el cliente en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro de los tipos de interés referencial, pues solo así el cliente puede valorar, con conocimiento de causa, si la oferta del banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo, y cálculo propuestas, satisface o no su interés (A Prov. Oviedo 27/1/2010 (AC 2010, 6)). Y así se entenderá fácilmente que la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado reconvencional y que éste estaba obligado a proporcionar acerca de las características del producto suscrito por la actora reconvencional así como el alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por la misma, conlleva a tener concurrentes los presupuestos de la existencia de error excusable en la demandante sobre la esencia del negocio contratado con aptitud suficiente para invalidar el consentimiento.

Como nos recuerda la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias ya aludidas anteriormente, el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en





la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V incursa la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C). Este desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3) Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 (RCL 2007, 2302) de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 (RCL 2008, 407) de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros). Naturalmente, a la entidad bancaria demandada reconvenicional no le es exigible un deber de fidelidad a la actora reconvenicional, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V . Esa normativa se completa con el Reglamento de la C.E 1287/2006 (LCEur





2006, 1962), espacio MIFID (obtención del perfil del inversor que permite en principio a la entidad financiera calibrar si el producto que ofrece es adecuado a las necesidades y posibilidades del cliente normalmente a través de un cuestionario) así como una circular 6/2008 de 26/11 del Banco de España sobre normas de información financiera pública reservada y modelos de estados financieros. Efectivamente, esa protección y necesidad de información halla su máxima expresión en la normativa que se conoce como MIFID, directiva 2004 /39 CE, trasladada a la legislación española por la ya citada ley 47/07 y el RD 217/08 que obliga a la entidad financiera a acreditar a que con anterioridad la firma del contrato el cliente fue documentado suficientemente sobre las características del producto que contrata, riesgo del mismo que debe ser adecuado a perfil y experiencia del cliente, partiendo de la distinción entre el inversor minorista o profesional. Suele reseñarse por último que frente a la actual crisis económica de alcance global, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha emitido en 7/5/09 unas condiciones de comercialización de instrumentos financieros de mercados de valores donde se efectúa una serie de consideraciones sobre buenas prácticas encaminadas a asegurar las consecuencias de la normativa MIFID.

CUARTO. Despejados los aspectos del contenido contractual que interesan al objeto del proceso, la cuestión, ahora, es dilucidar su incidencia en la formación válida y eficaz de la voluntad negocial de la actora reconvencional y la prestación de su consentimiento.

Prima facie podría parecer sencilla la mecánica financiera que supone el desarrollo contractual, de carácter aleatorio, pero lo que no es sencillo inferir son las consecuencias económicas, tan desproporcionadamente perjudiciales, en caso de bajadas bruscas del Euribor, y más si a ello se une el ejercicio de la facultad de cancelar anticipadamente el contrato, lo que requiere una adecuada información de estos riesgos y consecuencias económicas, lo que no consta se hiciera de esa forma, lo que incumbe probar a la parte demandada reconvencional, no ya solo porque es algo que a ésta corresponde efectuar siendo la parte que ofrece el producto, integrándose en esa oferta la información pertinente que haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido para poder emitir un consentimiento formado correctamente, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria-ex art. 217-7 - del cumplimiento efectivo de una información adecuada, la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias, a cuyas condiciones el consumidor solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del art. 79.1, a),c) y e) Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, lo que corrobora el R. Decreto 629/1993, 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, proporcionando toda la que pueda ser relevante, "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"-art. 5.3 -.

Hemos de partir de un dato que nos resulta imprescindible a la hora de dilucidar la cuestión litigiosa. La operación financiera fue suscrita a iniciativa de la propia entidad bancaria y no del cliente, extremo que reconoció el director de la oficina del BANCO SANTANDER, S.A, D. ██████████ Álvarez Pérez y ello atendiendo, al parecer, al nivel de endeudamiento de la actora reconvencional, ofreciéndose como un producto muy beneficioso como cobertura para operaciones con tipos de interés variable como las que presumiblemente tenía concertadas la actora reconvencional en tales fechas, siendo por ello la entidad bancaria la que





unilateralmente confeccionó los contratos y sus condiciones sometiéndolos a la firma del cliente. Se afirma por la entidad bancaria que antes de la firma del contrato las partes negociaron e, incluso, modificaron alguna de sus cláusulas, extremo que ciertamente dudamos atendiendo simplemente al contenido del Contrato Marco al tratarse de un simple contrato de adhesión, sin que, por otro lado, la parte demandada reconventional explicase a este tribunal cómo se llegó al pretendido consenso entre las partes contratantes sobre el plazo, el nominal y los tipos de interés finalmente aplicados, pareciendo más bien que se trata de unas condiciones impuestas de forma unilateral por la propia entidad bancaria y así se infiere de las explicaciones ofrecidas al efecto por el Director de la Sucursal del BANCO SANTANDER, S.A. Fue, pues, la iniciativa de la entidad bancaria la que propició a la postre la suscripción del contrato. Es decir, nos hallamos ante una entidad mercantil familiar que, hasta la fecha de suscripción del Swap con la demandada, afrontaba sin especiales apuros económicos – lo contrario no ha sido acreditado –, su nivel de endeudamiento. Por el contrario, en estos momentos se halla en la obligación de afrontar graves problemas económicos, casi ruinosos, propiciados exclusivamente por la contratación de un producto ofrecido y aconsejado por su entidad bancaria de confianza para asegurar paradójicamente la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por la empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros. Partiendo de tal premisa, no ofrece duda el deber de información normativa que tiene la sociedad demandada reconventional sobre un producto financiero que ofrece al cliente, con el contenido contractual puesto exclusivamente por ella, como la carga procesal de acreditar que cumplió de una forma efectiva y adecuada con esta obligación respecto del cliente, lo que no consta que así fuera. Es el Banco el que configura los instrumentos financieros que ofrece y expone al Cliente para que éste, en virtud de lo ofrecido, que es la voluntad declarada del Banco, pueda ponderar sus características financieras, para adecuarla a sus riesgos financieros, asumidos en sus operaciones comerciales. Pero esta decisión, en razón a esta ponderación, que es su finalidad comercial, dependerá de lo que le ofrezca el Banco, de cualquier forma, y no solo por la literalidad del contrato impreso, al que se adhiere el cliente – los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado–, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley", como establece el art. 1.258 del Código Civil.

Partiendo de que en estos casos en los que el "onus probandi" pesa sobre la entidad financiera, cabe llegar a la conclusión de que la actora, la mercantil **[REDACTED]**, S.L, no fue debidamente informada del carácter aleatorio y del riesgo que asumía con la contratación de tal producto. Analizando el perfil de la actora reconventional, tal y como la misma explica en su escrito de demanda reconventional no contradicho de adverso, contamos con que se trata de una entidad mercantil que aunque haya firmado como tales operaciones bancarias, pólizas mercantiles, hipotecas, leasing, cuentas corrientes, etc.. no por ello cabe entender que se trata de un profesional a los efectos legales, sino más bien de una empresa que, en un momento determinado, recibe de su banco de confianza un asesoramiento sobre la forma más idónea para asegurarse frente a la subida de los tipos de interés. Afirma la demandada reconventional que antes de la formalización del contrato existió una información precontractual, y esta, al parecer, consistiría en la conversación que en su momento mantuvo el representante legal de la actora reconventional y su hijo – con un asesor – con el director de la oficina del BANCO SANTANDER, S.A, D. **[REDACTED]** Pérez. Este último refirió durante su interrogatorio en el acto del juicio oral que en su momento informó al cliente de todas las particularidades del producto, que le





comentó que era un intercambio de tipos de interés, que el cliente era plenamente conocedor de tal producto por haber suscrito uno de iguales características con otra entidad bancaria; que les explicó los distintos escenarios de subidas y bajadas y que las bajadas podían conllevar liquidaciones negativas; si bien aclaró que tales explicaciones no se llevaron a efecto de forma numérica o gráfica, que no se entregó al cliente ningún folleto informativo porque, a su juicio, el contrato era suficientemente claro, principalmente el anexo que se acompaña al contrato de Confirmación del Swap en donde se especifica el funcionamiento del Swap flotante en los tres escenarios. No ofreció a este tribunal ninguna otra explicación sobre la entidad o calidad de la información así ofrecida, si bien cabe entender que no fue la debida y deseable. Se echa particularmente de menos que no exista constancia documental de haberse efectuado los denominados supuestos hipotéticos en donde se explica al cliente como evolucionará la cuestión según los diversos supuestos, particularmente si el índice de referencia experimenta variaciones al alza o la baja, ilustrándole sobre el resultado final de la operación según las diversas posibilidades. Ciertamente es que en el documento denominado por la demandada reconvencional como "Anexo: Funcionamiento Swap Flotante Bonificado", Documento número 2 del escrito de contestación a la demanda reconvencional, se hace constar los tres posibles escenarios ante la distinta evolución del Euríbor, pero desde luego incurre en una absoluta inconcreción de esos resultados finales. Es decir, se sugiere que lo más que le podría pasar al Cliente es que se redujera o se quedara sin percibir alguna compensación económica, pero no que tuviera que pagar cantidades importantes o desproporcionadas, especialmente, para el caso de cancelación anticipada. Ciertamente es que como el punto de referencia es un futuro ya que depende la variación del interés hipotecario no puede fijarse con exactitud el montante de la operación. Pero sí es posible efectuar algunos supuestos que permitieran al cliente prestar un consentimiento lo suficientemente informado y calibrar el contenido aleatorio de la operación que suscribe que en principio presentaba concomitancias con un sencillo seguro de cobertura financiera. Asimismo, reconoció el director de la sucursal que, no obstante ser un producto cancelable en cualquier momento, no informó de sus posibles costes - "no se habló" - y se excusa afirmando que "tampoco se lo solicitó el cliente". Bien es verdad que, como cláusula adicional del contrato de Confirmación del Swap, se expone que "Las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivar de la realización de esta Operación". Además de ser una cláusula integrada en un contrato tipo de adhesión con las evidentes consecuencias que ello conlleva, resalta por su carácter ambiguo toda vez que "ese riesgo" no parece debidamente especificado al referirse a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, que el cliente no tenía por qué conocer y que no consta que le fueron convenientemente explicados.

Estimamos que ha existido infracción de este deber de información desde el momento en el que, de lo actuado, como se ha expuesto, lo único que se desprende es la efectiva firma de los contratos y la explicación de la operación financiera por parte del director de la sucursal del BANCO SANTANDER, S.A, lo que no se estima en modo alguno conveniente. Insiste la demandada reconvencional, con el fin de acreditar su deber de diligencia en orden a ofrecer al cliente una cumplida información sobre las características y consecuencias del producto, que el representante legal de la actora resultó correctamente asesorado en el curso de las conversaciones mantenidas previamente al efecto en donde, según sostiene, concurrió "un asesor". Extremo carente de prueba alguna. De la prueba practicada a instancia de una y otra parte colegimos que fue durante el curso de las negociaciones entre las partes tendentes a obtener de la entidad bancaria la posible





financiación para la adquisición de una determinada máquina, cuando el director de la demandada reconvenional se persona en las dependencias de la actora reconvenional ofreciéndoles el producto de autos informándoles sucintamente de sus características, concurriendo en tales conversaciones exclusivamente además del director de la entidad bancaria, el representante legal de [REDACTED], S.L y su hijo, D. [REDACTED]. La otra descendiente del representante legal de [REDACTED], S.L, D^a Sonia Trujillo Jorge, negó cualquier intervención en tales conversaciones, precisando que no tenía ningún tipo de conocimiento sobre la materia objeto de litis al desarrollar labores meramente administrativas. Desconocía, según sostuvo, si [REDACTED], S.L suscribió en fechas anteriores con otra entidad bancaria un producto de semejantes característica. La demandada reconvenional no ofreció a esta juzgadora ninguna prueba acreditativa de los hechos referidos en su escrito de contestación a la demanda reconvenional, ni de que el cliente contaba en el momento de la firma con el asesoramiento financiero de un tercero ni de que la citada testigo, D^a [REDACTED] era plena conocedora del producto que se iba a contratar por haber suscrito otro de semejantes características con otra entidad bancaria. Es decir, el resultado de las pruebas practicadas durante el plenario nos permiten entender que la mercantil [REDACTED], S.L no contó antes de la firma o en la fase precontractual con un asesoramiento externo de tipo financiero como mantiene la demandada reconvenional sino que se sirvió exclusivamente de la información suministrada al efecto por el empleado de la entidad bancaria, actuando en todo momento con la confianza de la bondad del producto ofrecido toda vez que nunca se les explicó de forma gráfica o numérica, con simples ejemplos, las consecuencias ciertamente negativas que podría conllevar una bajada del tipo de interés. De igual forma debemos resaltar que, siendo un producto susceptible de cancelación anticipada, sorprende que la entidad bancaria omitiera toda información sobre tal crucial extremo – el director de la sucursal lo mantuvo sin ningún tipo de reparo – sin advertir tampoco de forma clara y precisa que tal opción podría conllevar para el cliente un coste económico de gran entidad, debiéndose valorar tal hecho con la circunstancia de que en el ya citado Anexo del contrato de Confirmación existe un claro defecto de información como seguidamente veremos.

Se argumenta por el banco que el cliente pudo leer el contrato y que en el documento de confirmación, cláusulas adicionales, se indica que “las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación y que cada parte actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo”; no obstante, no ha de olvidarse que estamos en presencia de un contrato de adhesión - en el que las condiciones han sido predisuestas por el oferente -, redactado íntegramente por la entidad bancaria por lo que resulta obvio que dicha cláusula no acredita la existencia de un consentimiento libre y válidamente emitido.

Especial mención merece la controversia existente en relación con la posible cancelación anticipada del contrato. En el Anexo del Contrato de Confirmación Swap, en el último apartado de “Consideraciones” se indica “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”. Adviértase que tan lacónica leyenda no vino acompañada en el momento de la firma por ninguna otra información adicional del director del BANCO SANTANDER, S.A; es decir, el cliente no recibió la más mínima explicación sobre el coste económico al que podría alcanzar la cancelación





anticipada del producto que pretendía contratar, ni siquiera se le ofrece una explicación de a qué se refería "a precios de mercado", cuáles serían, en definitiva, los parámetros utilizados para obtener el resultado final del coste de cancelación. Se trata de circunstancias económicas, elevadas a categoría jurídica, que se ha demostrado de importancia sustancial del contenido contractual, en perjuicio del cliente, que desconocía que pudiera llegarse a esa situación tan desproporcionadamente perjudicial, que, de la literalidad del contrato no podía obtener, salvo que fuera informado cumplidamente de tal eventualidad que el banco podía prever, aunque fuera dentro de unos márgenes más aproximados. Pero en qué medida puede repercutir en la cancelación anticipada la situación del mercado o precios de mercado, nada se desprende, abstracción hecha de la indeterminación de los factores o elementos que comprenden la situación o precios de mercado.

Nos hallamos, por tanto, ante una absoluta desinformación acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada del producto por el cliente, al no haberle proporcionado los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuaría en su cuenta en el caso de que decidiera hacer uso de dicha facultad - precio de cancelación- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada que, como se señala la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, "de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis. Y que ello es así parece lógico, pues no puede considerarse poco relevante el hecho de que ante una bajada tan importante de los tipos de referencia la actora mostrara interés en adecuar sus costes financieros a una situación más acorde con el mercado, en vez de verse atada a un tipo absolutamente desproporcionado con la situación actual".

QUINTO. Siendo esto así, concurren las condiciones del error invalidante del consentimiento contractual, recayendo sobre condiciones esenciales del contrato, como son sus consecuencias económicas en el ejercicio de facultades reconocidas en el mismo; no es imputable a quien lo padece, excusable, por ser imprevisible e inevitable para quien incurre en el error, en el desconocimiento o conocimiento equivocado de aspectos esenciales del contenido contractual, y su relación causal con el negocio concertado, y su finalidad que para el cliente era la de disminuir los perjuicios que pudieran derivarse de las fluctuaciones de los tipos de interés variable, que estaban al alza; que se vio frustrada ante la situación contraria, sin que de la lectura del contenido del contrato ni de las explicaciones ofrecidas al efecto por el director de la sucursal del BANCO SANTANDER, S.A. antes de la definitiva confirmación se desprendiera las consecuencias perjudiciales realmente producidas ni informadas sobre ellas. No consta que la actora reconvenzional, como tal cliente, recibiera la información adecuada ni se le hiciera algún test de perfil para ponderar la adecuación del producto al mismo, ni éste podría obtener un conocimiento exacto del alcance de las cláusulas contractuales, desde su propia literalidad, por su falta de claridad, que no puede favorecer a quién la ha originado -art.1.288 CC-.

Para apreciar la excusabilidad del error debe tenerse en cuenta el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes: por un lado la demandada reconvenzional, BANCO SANTANDER, S.A. como comerciante experto





que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro la demandante reconvencional, [REDACTED], S.L, una empresa minorista dedicada a la actividad de imprenta que no consta, por no haberse probado, que cuente con un personal cualificado con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que presenta o supone un producto financiero de alto riesgo.

De otro lado, es evidente que ostentando el banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante - el diferencial, el Tipo Cap, el Tipo Barrera Inferior, el Tipo Fijo -, los períodos de cálculo, el importe nominal de cierta importancia, 800.000 euros, - sin que la entidad bancaria ilustrara de forma clara a este tribunal la razón de ser de tal importe y no de otro -, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen tanto en el contrato como en las ofrecidas durante su interrogatorio por el director de la sucursal y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial. Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no su interés. Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporciónada racionalidad por falta de información mientras que el banco sí la posee. Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino, como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b).

Se dan así y, por tanto, a juicio de esta juzgadora las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26-7-2000 (RJ 2000, 9177): "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; 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 que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 (RJ 1994, 1469) febrero 1994 [], y 11 mayo 1998 (RJ 1998, 3711)). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las





personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. 4 enero 1982 (RJ 1982, 179) y 28 septiembre 1996 (RJ 1996, 6820))." Y baste aquí recordar lo que ya ha quedado expuesto respecto a la complejidad del producto financiero, a la información, o más bien falta de información, facilitada por la entidad bancaria, a los deberes que a ésta incumbían y a que la demandante reconvenicional no tiene la condición de experta financiero, para que resulte patente que su error debe calificarse de excusable a estos efectos.

La prueba practicada ha acreditado el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de obligaciones precontractuales relativas a las características o perfil de la actora reconvenicional de cara al ofrecimiento de un concreto producto de inversión, así como de obligaciones de información concreta y precisa sobre el concreto producto cuya contratación ofrecía, siendo que es al banco a quien corresponde la prueba de haber facilitado tal información suficiente, con la consecuencia que la actora reconvenicional accedió a la contratación hallándose viciado su consentimiento por error excusable sobre condiciones esenciales (posible coste del producto o pagos a realizar en caso de bajada de interés, de pretender la cancelación del contrato, previsibilidad del riesgo atendidas las expectativas conocidas por la entidad sobre la evolución de tipos de interés...) . Así las cosas, de conformidad con los arts. 1300 y ss. del CC procede declarar la nulidad de los contratos con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes

Para concluir, el hecho de que la actora reconvenicional suscribiera un previo contrato de permuta financiera con otra entidad bancaria, BANKINTER, no altera la conclusión expuesta, pues hemos de recordar que ello lo hace en un breve periodo de tiempo y cuando aún no ha llegado a comprender la mecánica operativa de los mismos, desconociéndose las particulares circunstancias concurrentes en la contratación de ese producto con otra entidad y los motivos por los que actualmente no se halla en vigor. La simple y previa contratación de este producto con un tercero no puede, sin más, servir - como parece pretender la demandada reconvenicional - de pretexto para suplir una posible y más rigurosa información del producto que ofrecía a la actora reconvenicional. Es más, nos permite confirmar que a la hora de la contratación del producto de litis la actora reconvenicional desconocía por completo qué se le estaba ofreciendo pues resultaría ilógico suscribir un mismo producto cuando el otro - idéntico, según la entidad bancaria - se hallaba todavía vigente - según información facilitada por la propia BANKINTER -. En todo caso, no podemos extrapolar, por desconocerlas, las particularidades de tal contratación al supuesto de litis, ignorando igualmente los motivos por los que actualmente no se halla en vigor no obstante no haber transcurrido su inicial plazo de vigencia.

En análogos términos, el que se cuestione la validez del contrato a partir del momento en el que los saldos comienzan a ser negativos - en clara contradicción con la doctrina de los actos propios -, no supone la convalidación por el comportamiento anterior, pues es sólo entonces cuando alcanza a comprender el cliente el error sufrido, más aún si se tiene en cuenta que sólo en ese momento conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de esos productos, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión. Tampoco cabe aceptar que el error recaería sobre elementos accesorios del contrato - cancelación -, pues lo hacía directamente sobre el resultado





económico que podía esperarse de él y sobre la posibilidad de apartarse del mismo según evolucionasen las circunstancias del mercado, lo que constituye uno de los aspectos principales de lo convenido en un contrato de cierta duración, SAP de Oviedo, Civil sección 4 del 11 de Febrero del 2011 (ROJ: SAP O 188/2011).

Las omisiones en la información ofrecida por el banco sobre aspectos principales del contrato, unida a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, produjo en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los arts. 1265 y 1266 del Código Civil. En resumen, se le ofertaba un producto financiero para proteger los costes ante posibles subidas de interés cuando lo que en realidad suscribía eran unos contratos de elevado riesgo, que podían comportar, comportaron y siguen comportando cuantiosas pérdidas, que cubría de forma muy diferente las fluctuaciones de intereses según se produjeran al alza o a la baja, en claro perjuicio suyo en este último caso, y en los que no se advertía del coste que podía suponer el ejercicio por su parte del derecho de cancelarlo anticipadamente.

El art. 1.303 del Código Civil dispone que, 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. Esto supone la íntegra estimación de la pretensión accesorias de la principal interesada en el suplico de la demanda por la actora reconvenzional, es decir, la retrocesión o devolución de las cantidades que han sido abonadas hasta ese momento y las que luego hayan tenido que atenderse, incluido la obligación de la entidad bancaria de restituir a su cliente los intereses, comisiones y demás gastos que haya cargado en su cuenta corriente como consecuencia de los contratos declarados nulos.

SEXTO. En materia de costas procesales indicar que somos ciertamente conscientes de la coexistencia de soluciones diversas por parte de los Tribunales sobre cuestiones similares al caso aquí enjuiciado lo que podría conllevar no hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales conforme a lo previsto en el artículo 394.1 LEC. No obstante ello, a esta juzgadora, a la hora de resolver el caso enjuiciado, no se le planteó ni dudas de hecho ni de derecho aplicando la doctrina, entendemos que mayoritaria, propicia a declarar nulos estos tipos de contrato ante el defectuoso cumplimiento de su deber de información por la correspondiente entidad bancaria, y ello justifica que, desestimándose la demanda principal y estimándose íntegramente la demanda reconvenzional, sea la parte actora y demandada reconvenzional quien tenga que sufragar las costas del presente procedimiento.

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



FALLO

Que **DESESTIMANDO** la demanda principal interpuesta por la Procuradora, D^a María de los Ángeles Patiño Beautell en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A contra [REDACTED], S.L representada por la Procuradora, D^a Esther Martín García, debo **ABSOLVER y ABSUELVO** a la referida demandada de los pedimentos efectuados en su contra, con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

Que **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda reconvenicional interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, D^a Esther Martín García, en nombre y representación de la mercantil [REDACTED], S.L contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A representada por la Procuradora D^a María de los Ángeles Patiño Beautell, debo **DECLARAR y DECLARO** nulos de pleno derecho el Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Interés de 17 de abril de 2008 y el Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 18 de abril de 2008 suscritos entre las partes del presente procedimiento y debo **CONDENAR y CONDENO** a BANCO SANTANDER, S.A a reintegrar a la actora reconvenicional las cantidades que le hayan sido cobradas con ocasión de los contratos de autos declarados nulos tanto en concepto de liquidaciones como de intereses, comisiones y demás gastos que haya cargado en su cuenta corriente, minoradas con las cantidades que la citada sociedad haya percibido del banco, y al pago de los intereses legales de todas las cantidades objeto de devolución, al tipo de interés legal del dinero, desde cada fecha de cobro por la entidad bancaria; todo ello, con expresa imposición de las costas procesales a la demandada reconvenicional.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe **RECURSO DE APELACIÓN** que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes al en que se notifique esta resolución. De conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se hace saber a las partes la necesidad de acreditar documentalente, en el momento de anunciar o preparar el referido Recurso de Apelación, la previa constitución de un **depósito** por valor de 50 euros en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre de este Juzgado.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la presente sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez que la dictó hallándose celebrado audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.

