

SCP ALFREDO MARTINEZ SANCHEZ	
Referencia:	7679
F. Notificación:	16/06/2011
F. Resolución:	14/06/2011

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 30 DE BARCELONA.

JUICIO ORDINARIO Nº 1327/2010-C2.

SENTENCIA

En la ciudad de Barcelona, a catorce de junio de 2011.

Vistos por mí, D^a ESTHER DOMÍNGUEZ MARTÍN, Magistrada-Juez Sustituta del Juzgado de Primera Instancia nº 30 de Barcelona, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO**, registrados bajo nº **1327/2010-C2**, seguidos ante este Juzgado a instancia de ██████████ representado por el Procurador de los Tribunales D. Alfredo Martínez Sánchez y asistido por los Letrados D^a Norma de Barrios Brossa y D. Ignacio Benejam Peretó, contra **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Verónica Cosculluela Martínez-Galofre, y asistida por el Letrado D. José María Vallbona Zubizarreta, sobre nulidad de contrato y restitución de cosas, frutos e intereses y costas, y atendiendo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la actora se formuló demanda de JUICIO ORDINARIO, sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que expuso, terminando con la súplica de que se dicte sentencia por la que:

1. Se declare la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap flotante bonificado) suscrito entre BANCO SANTANDER, S.A y la mercantil ██████████ ██████████, S.A. en fecha 21 de mayo de 2008.
2. El deber de restitución de las cosas que hubieran sido material de los referidos contratos con sus frutos e intereses.
3. Subsidiariamente, se declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas, que se tendrán por nulas o por no incorporadas conforme a la Ley, y en concreto, la cláusula sobre determinación del cálculo de cancelación anticipada.

Y en consecuencia,

1. A reintegrar a la sociedad ██████████, S.A. la cantidad de 26.369,84.-€ o la que a la fecha de la resolución resulte de las recíprocas restituciones, con más

sus respectivos intereses desde las sucesivas fechas de pago.

2. Al pago de las costas causadas.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a la demandada para que compareciera y la contestara, lo que así efectuó a medio de escrito presentado por su representación procesal, en el que exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminaba con la súplica de que se dictara sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo al demandado, con imposición de costas a la actora.

TERCERO. Convocada la audiencia previa prevista de los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ésta se celebró en fecha de 16 de febrero de 2011, en la forma que consta en el acta y grabación, afirmándose las partes en sus respectivos escritos iniciales y proponiendo las pruebas de que intentaban valerse, sobre cuya admisión decidió el juzgador lo que tuvo por conveniente, señalando día para el acto del juicio.

CUARTO. Llegado el día señalado se celebró el juicio practicándose las pruebas propuestas con el resultado que consta en acta y grabación, efectuando a continuación las partes las alegaciones en resumen probatorio que tuvieron por convenientes.

QUINTO. En la sustanciación del proceso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia por acumulación de trabajo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita una acción de nulidad del contrato de Permuta Financiera sobre Tipos de Intereses convenido, fundada en vicio de error en el consentimiento, error que viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información del producto comercializado por la entidad bancaria y ante la falta de adecuación del producto a la necesidad del cliente.

Por la demandada se sostiene que no existió error alguno, pues el cliente firmo el contrato con pleno conocimiento de su contenido, del que fue informado cumplidamente.

SEGUNDO. El consentimiento es un requisito esencial del contrato cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (*Sentencia T.S. 20 de abril de*

2001).

Uno de los motivos que da lugar a la nulidad del contrato por defectos del consentimiento es el error, tal como establece el *artículo 1261 del Código Civil*, pero para que el error invalide el consentimiento, tal como establece el *artículo 1266 del Código Civil*, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración. Es doctrina legal recogida en la *STS 10/4/99 de 6 de febrero, de 18 de abril de 1978*, que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (*Sentencias de 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964, de 1 julio 1915 y 26 diciembre*), que no sea imputable a quien lo padece (*Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957*) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (*Sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963*).

De otra parte, según la jurisprudencia, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el *art. 7 del Código Civil*. Es inexcusable el error (*Sentencia 4 enero 1982, de 18 febrero 1994*), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración.

Finalmente, ha de señalarse que, como establece la *Sentencia de 30 mayo 1991*, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (*Sentencias de 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968*, antecedidas y seguidas por otras en el mismo sentido), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él".

TERCERO.- El SWAP es aquél contrato por el que cada una de las partes asume la obligación de entregar a la otra, conforme a los términos del contrato celebrado, unas sumas de dinero determinadas o determinables, de acuerdo con parámetros objetivos, que a su vez se calculan sobre una cantidad invariable que se denomina nocional y que no es objeto de entrega en el momento inicial, sino que funciona simplemente como referencia para el cálculo de los intercambios entre las partes. De igual forma, la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 30-11-2009*, define el contrato como aquél "en que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables, durante un cierto periodo de tiempo".

Estos contratos pueden revestir diversas modalidades en función del objeto de la permuta, pudiendo distinguirse entre swap de tipos de interés, en los que se intercambia el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable, los swaps de divisas, en los que el objeto intercambiable es el de una divisa por otra, los swaps mixtos, en los que se intercambian pagos de intereses calculados a un tipo fijo en una divisa, por pagos de intereses calculados a tipo variable en otra divisa.

En el swap de tipo de interés estamos, en realidad, ante un "juego financiero", basado en la incertidumbre y aleatoriedad, en los que los contratantes apuestan a un pago-cobro de intereses, según evolucione el tipo básico de referencia. Convenido el tipo fijo para el cliente, la entidad financiera se reserva el tipo variable indexado al Euribor, de forma que si el interés variable supera el fijo, la liquidación presentará un saldo a favor del cliente, mientras que será éste quien pague al banco si el tipo de referencia desciende por debajo del tipo fijo. Habitualmente, una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del Euribor o Libor, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo o bien variable, pero referenciado, en este supuesto, a otra base distinta.

El swap aparece regulado en la Ley del Mercado de Valores 24/88(arts. 2 y 78 y ss.), reformada por la Ley 47/2007 y en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, regulador del régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (art. 58y ss.)

Las operaciones se enmarcan en el art. 19 de la Ley 36/2003 de Medidas de Reforma Económica, normativa que instaba a las Entidades Financieras a que pusieran a disposición de sus clientes instrumentos que les permitieran cubrirse del riesgo de las subidas del tipo de interés.

El contrato de swap sobre tipos de interés no es un producto financiero de fácil comprensión, complejidad a la que se une el hecho de que se suele tratar de contratos de adhesión. El propio legislador ha calificado estos contratos como contratos complejos, en el art. 79 bis 8 a) de la LLV. A esta complejidad no es ajena la circunstancia de que estamos ante un contrato entre cliente y la entidad, en el que se no se ha producido realmente entrega de cantidad alguna entre las partes, siendo el capital de referencia meramente nocional, una cifra que sirve para realizar las liquidaciones convenidas, lo que contribuye aún más a generar confusión en esta figura contractual.

Por eso, esta característica de contrato complejo, requiere una especial labor de información por parte de la entidad bancaria, para asegurarse de que el cliente comprende su contenido y verdadero alcance, y máxime si el cliente está catalogado como minorista como en el caso de autos y no tiene formación financiera. Esa información debe resaltar el riesgo patrimonial del producto. En concreto, debe ser destacado en la permuta de tipos de interés, el efecto gravemente perjudicial para el cliente que deriva de la bajada de tipos de interés. En la realidad estos contratos funcionan con la finalidad perseguida mientras se produce la subida de tipos de interés

pero, tras cambiar la tendencia y comenzar a bajar los tipos de interés, el producto crea un riesgo mayor del que se pretende evitar. En esos casos, el producto incrementa el riesgo del cliente desproporcionadamente a la protección que le ofrece en caso de subida, convirtiéndose en un producto claramente especulativo y muy perjudicial para el cliente.

En toda esta materia, la norma fundamental a seguir en la actuación de las partes contratantes y en la regulación de operaciones financieras viene constituida por la *Ley de Mercado de Valores 24/1.988 de 28 de febrero*, que en el punto que nos ocupa fue modificada por la *Ley 47/2.007*, que supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento y que transpuso a nuestro ordenamiento interno las normas llamadas "MIFID" de la UE (Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE). El llamado "test de conveniencia" clasificaba a la actora como minorista al no cumplir los parámetros económicos de la norma. En este punto es de destacar la testifical del Director de Zona de la entidad demandada, que acompañó a la visita al Director de la Sucursal, y que juntos explicaron las características del producto ofertado al actor. Asimismo manifiestan que a pesar de que el test conveniencia realizado, entienden que según los datos que consultaron en la CIRBE, el producto era adecuado al cliente por su perfil de riesgo, a pesar de ser un cliente clasificado como minorista o como Banca Retail, en el que debe dispensarse mayor protección y explicaciones.

CUARTO.- De las pruebas practicadas, apreciadas en su conjunto y de las que especialmente se significará, se desprenden los siguientes hechos: 1.- Que ██████████ ██████████, S.A. es una empresa de reducida dimensión, aún teniendo una facturación de alrededor de un millón de euros, antes de la crisis, dedicada a la venta al por menor de materiales para la construcción, y ello también se desprende de la propia clasificación de la entidad demandada. 2.- Que el Administrador de ██████████ ██████████, S.A., D. ██████████ ██████████, lleva 30 años dedicado a este negocio y asimismo lleva 30 años trabajando con la misma sucursal de BANCO SANTANDER, S.A. sita en la Calle ██████████ ██████████ de Barcelona, oficina ██████████ ██████████, entidad que considera su banco, presidiéndose las relaciones entre la actora y los empleados de dicha sucursal por la máxima confianza entre ambos, a pesar de que en su pool bancario, también trabaja con LA CAIXA. El riesgo concertado por el actor en el momento de la firma del contrato, según manifiesta en el acto de la vista, era una póliza de crédito con la demandada de 150.000,00.-€ de vencimiento anual, y un préstamo hipotecario con LA CAIXA de 600.000,00.-€ a tipo fijo, y una póliza de crédito de 130.000,00.-€ con LA CAIXA de vencimiento anual. 3.- Que ██████████ ██████████, S.A. el 21 de mayo de 2008 suscribió con BANCO SANTANDER, S.A. un Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) y de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Flotante Bonificado) en virtud del cual acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo de interés fijo y un tipo de interés variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordado, importe nominal de 1.000.000,00.-€, estableciendo como tipos de referencia, un tipo de interés fijo del 4,66% y un tipo de interés variable Euribor a 3 meses, un diferencial de 0,15%, Tipo Cap 6,44% y Tipo Barrera inferior 4,04%. 4.- El elemento de la "confianza" existente entre el actor y la entidad bancaria, fundada en la duradera relación mercantil entre ambos y 5.- La información que se proporcionó al cliente antes de contratar el producto y en el

contrato.

La demandada manifiesta que según los datos a la consulta practicada en la CIRBE, el actor tenía un endeudamiento a corto plazo de 1.500.000,00.-€, si bien de las pólizas existentes en ese momento y del préstamo hipotecario, el endeudamiento rondaría el millón de euros.. La demandada añade que el endeudamiento a corto plazo de la actora justificaba que el producto fuera idóneo para cubrir el riesgo inherente por la subida de tipos. A ello la actora alegó que las pólizas suscritas lo eran a vencimiento de un año, mientras el SWAP se concertó por 5 años, y que la hipoteca suscrita con LA CAIXA por 600.000,00.-€ estaba grabada con un tipo fijo, y por tanto, la contratación del SWAP era innecesaria. En la documental aportada a autos, no ha podido sin embargo verificarse si efectivamente el préstamo hipotecario contratado con LA CAIXA lo era a tipo fijo, si bien, la demandada no ha contradicho tal extremo y simplemente ha aducido que la CIRBE simplemente informa sobre el riesgo contratado y no así si el préstamo hipotecario lo era a tipo fijo o a tipo variable.

Es relevante apuntar que la prueba practicada se desprende que la iniciativa para la suscripción de este contrato fue de la entidad bancaria. Asimismo parece ser que según los datos proporcionados por la CIRBE, la demandada apreció que este producto era idóneo para cubrir los riesgos inherentes a las oscilaciones de tipo, sin verificar si la hipoteca de 600.000,00.-€ lo era a tipo fijo o variable. Dicho extremo es de vital relevancia, habida cuenta que la contratación del Swap no estaría justificada si efectivamente el préstamo hipotecario lo fuera a un tipo fijo, pues no justificaría el riesgo a cubrir, y máxime, cuando la totalidad de las pólizas de crédito suscritas por el actor, ascendían a 250.000,00.-€, pólizas cuyo vencimiento era a un año, mientras el importe nominal del Swap era de 1.000.000,00.-€ con vencimiento a 5 años. Es por ello que si el contrato de permuta financiera de tipos de interés e tiene como objetivo acotar un coste fijo sobre un principal nominal y por tanto liberarlo de los vaivenes que puedan experimentar los tipos variables del mercado, es obvio que por el tipo de producto contratado, el Swap es excesivamente oneroso y del todo innecesario y no adecuado al dicho cliente, existiendo otros productos en el mercado que le hubieran protegido con carácter anual frente a una posible subida o bajada de tipos, con menor coste para el cliente, aunque presumiblemente, con menos beneficios para la entidad demandada.

Otra de las cuestiones que se suscita es la que pivota alrededor de la confianza que existía entre la actora y la entidad bancaria. Así, el actor puso de manifiesto que esa relación de confianza, cimentada en su condición de cliente de 30 años de la entidad, fue precisamente la que motivó el ser con facilidad convencido de la necesidad de suscribir el contrato de permuta financiera de tipos de intereses, y máxime cuando afirma que tanto el Director de Zona como el Director de Sucursal se lo ofrecieron como un producto destinado a buenos clientes. Por su parte, la entidad bancaria, sostiene que resulta inverosímil que el actor afirme haber sufrido un error al contratar. Pues bien, de lo actuado, entiende el juzgador que la forma correcta de interpretar la cuestión de la confianza es la que indica la actora. Don ██████████ ha sido cliente de la entidad durante 30 años, siendo un buen cliente de la entidad. Asimismo ha resultado probado que el Sr. ██████ confiaba plenamente en lo que consideraba era su

entidad bancaria, en la que ha depositado su confianza durante muchos años, cimentando una relación con la entidad y sus propios empleados, basada en la fidelidad y credibilidad de ambos; de hecho tras la reunión mantenida se fueron a comer juntos. Para el actor, la entidad bancaria y sus empleados eran de algún modo sus asesores en cuestiones bancarias y por eso es perfectamente creíble que fuera convencido, sin ser necesario tan siquiera forzarle, para la firma de un contrato que, en realidad, no conocía en sus exactos términos, por más que figure su firma en el mismo y se exponga en el contrato dicho conocimiento, aunado a la complejidad del producto..

No puede olvidarse que ese contrato era gratuito para el actor y que quien tomó la iniciativa de la contratación, como sutilmente apuntaron, fue la propia sucursal o entidad. Por otro lado, no es aceptada la interpretación que de la confianza y de la intensa relación hace la entidad bancaria al considerar que el actor era conocedor de los riesgos existentes en el producto contratado, y que además contaba con un asesor externo del que podía haberse informado, si es que no lo hizo, tal y como apunta la entidad bancaria.

El tercer punto nuclear en que descansa el litigio es el de la información suministrada al actor por la entidad bancaria, respecto del producto litigioso. De lo actuado se infiere que dicha información fue prácticamente inexistente, ya que en caso contrario no se entiende cómo el cliente pudo contratar un producto que no necesitaba, habida cuenta que el riesgo en pólizas de crédito ascendía a 250.000,00.-€ con vencimiento a un año, y el préstamo hipotecario lo era a tipo fijo. En este sentido, es muy significativo que tanto el Director de Zona como el de Sucursal, sólo se remitan a la información que consta en la CIRBE. De haber explicado con claridad el producto, es obvio que el actor no lo hubiese contratado por el riesgo existente sometido a una posible variación de tipos.

El actor manifestó que el propio Director de Sucursal, el Sr. Antoni Sierra Jiménez le informó que si los tipos llegaban al 4,30 lo avisara para cancelar el contrato suscrito, omitiendo en el momento de la contratación los costes efectivos en caso de caída de tipos y el coste de cancelación. Sin embargo, llegado dicho momento y a pesar de haberlo solicitado el actor, el contrato no se canceló, siendo el coste para efectuar la cancelación en ese momento superior a 60.000,00.-€, con lo que sin llevarse a cabo la cancelación, fueron practicándose liquidaciones negativas. Por ello resulta palmario que el riesgo existente ante una bajada de tipos no fue suficientemente explicado al actor, ni tampoco el proceder para la cancelación del producto, sin perjuicio de que el banco entregara al actor los diferentes escenarios aplicables en la operativa del producto.

QUINTO.- A la vista de todo lo expuesto, puede decirse que estamos pues ante un contrato que resulta nulo por vicio de error en el consentimiento, dándose todos y cada uno de los requisitos que la jurisprudencia exige para la existencia del error invalidante.

En efecto, en primer lugar estamos ante un error que recae sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto, al desconocer exactamente lo que se contrata, puesto que en caso contrario no se hubiese contratado por resultar del todo excesivo en comparación con el riesgo real del actor, y además, dicho error afecta también a la obligación principal del contrato, es decir al pago en función de la relación entre los

tipos de interés y la referencia al cálculo de su importe, y a la característica del alto riesgo del producto.

Además estamos ante un error sustancial, porque afecta a un elemento nuclear del contrato, derivado de actos desconocidos para quien se obliga. En este sentido, se ha razonado aquí sobre la falta de información o información incompleta o no ajustada, imputable a la entidad bancaria. De forma más concreta, estamos ante un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad, que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, que para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, a quien le es 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 éste 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. Particularmente, 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 entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período 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). Por lo dicho anteriormente, se deduce que la entidad bancaria no hizo bien su labor de informar y asesorar en el producto al actor, máxime cuando era un producto ofertado por el banco y que el cliente no había solicitado información al respecto.

Nos movemos de lleno en la práctica del sector bancario, que se caracteriza por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las Entidades Bancarias que deben ser aceptadas por el cliente a la hora de contratar, sin posibilidad de introducir modificaciones o matizaciones en las mismas. A pesar de estas particularidades, en el sector en el que se mueven los contratos objeto del presente pleito, el Código Civil sigue siendo el que nos ofrece las pautas básicas en relación a los requisitos que deben concurrir en la formación de un contrato, a través del clásico contenido del *Artículo 1.261*, que exige para que exista un contrato, la concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el mismo. El eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser

prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo. Esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esto hace que en el sector que analizamos de la Banca, el legislador y por ello, la jurisprudencia se cuiden de destacar en el análisis de los supuestos que contemplan, la protección que es precisa que el cliente de un Banco, aun cuando sea potencial, tenga a su favor en todas las fases de conclusión de un contrato con una Entidad Financiera y todo ello por la necesidad de dotar de amparo, a lo que se ha entendido parte débil de la contratación en un contrato de adhesión. En la fase precontractual, debe procurarse al consumidor por la propia Entidad, una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece. En la fase contractual, basta como ejemplo la existencia de la *Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo Artículo 8*, se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses.

Finalmente, el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de este tipo 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 de 28 de julio del Mercado de Valores* al venir considerada por el Banco de España y la *C.N.M.V.* incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras *art. 2 L.M.C.*).

SEXTO.- Naturalmente, el error no es imputable a quien lo padece, que no ha podido evitarlo mediante el empleo de una diligencia media o regular.

También se cumple la existencia de un nexo causal entre el error y la finalidad del negocio perseguido que, para el cliente, no era otra que protegerse frente a la subida de tipos de interés cuando, en caso de bajada de dichos tipos, el producto funcionaba como un negocio especulativo y de alto riesgo, siendo imposible con una diligencia media y, en concreto con la diligencia media exigible al actor, apercibirse de tales riesgos. Además, resulta chocante que las pólizas tuvieran vencimiento a un año y en cambio el Swap tuviera una duración de 5 años.

Es un error excusable, puesto que el cliente siguió el consejo de la persona, de las

personas que de una entidad bancaria que le asesoraban desde hace 30 años, a partir de la profunda relación de confianza con ellos, quienes le convencieron que era un producto bueno para él y que estaba reservado para los buenos clientes.

El contrato, pues, es nulo de pleno derecho y en su consecuencia debe operarse la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia de contrato con sus frutos y el precio con los intereses (*art. 1306 del C.C.*). Se trata, en definitiva, de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidado (*Sentencia T.S. 22 de abril de 2005*, entre otras muchas). Ello supone la recíproca devolución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de la actora en aplicación del contrato, más los intereses legales, y tras la compensación de unas u otras reintegrar el saldo resultante a la actora.

SÉPTIMO.- Corolario de lo expuesto es que, la entidad bancaria demandada no actuó en cumplimiento del deber de información exigible en tales casos. Es menester apuntar, que el Director de la Oficina y el Director de Zona, acudieron conjuntamente al domicilio del actor para explicar y ofertar el producto, ofertándolo como un producto reservado para buenos clientes, y dada la complejidad del mismo, y la preparación de el Sr. [REDACTED], es evidente que se firmó sin entender el alcance de la operatividad del mismo, y en la confianza que su banco de toda la vida no iba a engañarlo. Con todo lo dicho anteriormente, no se pretende atribuir únicamente a la Entidad Bancaria la vigilancia de los intereses del cliente, éste debe velar por sus propios intereses, nos encontramos ante unos contratos bilaterales, cada parte vela por su interés propio, pero esto no significa que en los casos como el que nos ocupa, en los que es la propia Entidad la que toma la iniciativa en el contrato, ofertando un producto, tenga un plus de lealtad con el cliente, y máxime con un cliente de hace 30 años, en aras a extremar al máximo las consecuencias de ese deber de información, dando por presupuesta la concurrencia de la buena fe contractual que exige el Código Civil en su *Artículo 7. De todas formas, la Ley de Mercado de Valores* exige expresamente en aplicación de esa buena fe contractual y de las relaciones entre el Banco y el cliente, que aquel vele por los intereses de este como si se tratara de los suyos propios.

Por todo ello debemos concluir que el contratante en su día, se acogió a la firma de tal Swap porque la información ofrecida por la entidad bancaria le indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad o sobre la cobertura, algo que se acredita se produjo por una información defectuosa imputable al Banco contratante, sobre el producto ofrecido, dándose los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia, como es el caso de la *Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2.000*: "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 quien 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" (SSTS RJ1994,1469 o SSTS RJ1998,3711).

Es por todo ello y al concurrir la aplicación del *Artículo 1.265 del Código Civil*, cuando dice que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad del contrato de swap suscrito por la actora con sus correspondientes documentos de confirmación, y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato.

OCTAVO. En materia de costas dispone el *artículo 394 de la Ley 1/ 2.000 de Enjuiciamiento Civil* que "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. Conforme a lo indicado y en atención a lo resuelto procede imponer las costas de este procedimiento a la demandada por no haber sido atendido ninguno de sus pedimentos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación, en nombre de su S.M. el Rey y por el poder que me confiere la Constitución,

PARTE DISPOSITIVA

Que **ESTIMANDO** íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Alfredo Martínez Sánchez, en nombre y representación de [REDACTED], S.A., **ACUERDO DECLARAR la nulidad absoluta** tanto del contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés, suscrito entre las partes el 21 DE MAYO DE 2008, como del Contrato Marco de Operaciones Financieras y **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la RESTITUCIÓN a [REDACTED] S.A. de la cantidad de **VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON OCHENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (26.369,84.-€)** o la que a fecha de la presente resolución resulte de las recíprocas restituciones entre las partes litigantes, con sus intereses, cuantificado hasta la fecha de la presente resolución, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán preparar Recurso de Apelación ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar del siguiente al de la notificación de la misma, en base a lo establecido en el artículo 457 de la LEC.

En virtud de lo dispuesto en la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, se informa a las partes sobre la necesidad de constituir un depósito de 50 euros para recurrir mediante ingreso en la cuenta expediente de este Juzgado, debiendo especificar en el resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso", seguido del código 02, y el tipo concreto de recurso, APELACIÓN. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16

dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

Líbrese testimonio de esta resolución con inclusión de la original en el libro de sentencias.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por la Sra. Juez que la dictó, en legal forma, y en el mismo día de su fecha. Doy fe.

;