

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 /
LEHEN AUZIALDIKO 12 ZK.KO EPAITEGIA
BILBAO (BIZKAIA)**

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016684
FAX: 94-4016981

N.I.G. / IZO: 48.04.2-10/027708

Pro.ordinario L2-Prozedura arrunta. 2000ko pzl 1271/10-

Sobre/Gaia: JUICIO ORDINARIO

Demandante/Demandatzailea:

S.L

Procurador/Prokuradorea: PAULA BASTERRECHE ARCOCHA

Demandado/Demandatua: BANCO SANTANDER S.A.

Procurador/Prokuradorea:

SENTENCIA 151/11

MAGISTRADO QUE LA DICTA: D/Dª MARIA TERESA PEÑA RODRIGUEZ
Lugar: BILBAO (BIZKAIA)
Fecha: veinte de junio de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La procuradora de los tribunales Doña Paula Basterreche Arcocha, en nombre y representación de la mercantil S.L., interpone demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER S.A.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, el procurador de los tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba, en nombre y representación de la demandada, presentó escrito de contestación, interesando la desestimación de la demanda.

Tercero.- Con fecha de 31 de enero de 2011 se celebró la audiencia previa, con asistencia de las partes, quienes manifestaron no ser posible alcanzar un acuerdo y propusieron los medios de prueba.

Cuarto.- Se celebró el acto del juicio el día 15 de junio de 2011, con práctica de la prueba, salvo el interrogatorio de la actora, al que renunció la parte demandada. Realizadas las conclusiones por las partes, quedaron los autos vistos para sentencia.

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

28 JUN 2011

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Refiere la parte actora en su escrito de demanda que en el año 2004 la sucursal de la demandada en Basauri (Bizkaia), le ofreció la contratación de un producto que servía para garantizar la protección frente a posibles subidas de tipo de interés, así como para proporcionarle financiación sin coste alguno y con posibilidad de cancelación. En los años sucesivos, la sucursal continuó ofreciéndole la renovación del producto, sin que se le explicara en caso alguno los posibles riesgos que podían dimanar de los mismos para el cliente.

Sostiene la parte actora que no se le ofreció debida información, ni verbal ni escrita sobre la posible evolución de tales productos, y los perjuicios económicos que pudieran irrogar a aquélla. Así, en el año 2009, el Banco demandado comienza a realizar elevadas liquidaciones contra la empresa, solicitando entonces la mercantil demandante la cancelación del producto. El coste de tal cancelación lo determinó la entidad demandada de forma unilateral, desconociendo la actora los criterios que sirven para cuantificar tal coste.

Resultado de tales liquidaciones es que a fecha de 28 de junio de 2010 consta un saldo negativo para la actora en la suma de 149.972,37 euros. Tal producto no ofrece, por tanto, ni una protección frente a posibles subidas de los tipos de interés, ni de financiación, sino que se traduce en un elevado riesgo y un gran coste para la misma.

La mercantil demandante invoca así la existencia de error sobre lo que era objeto del contrato, sin que se le hubiera proporcionado la información precisa para comprender los riesgos que se asumían, y sin tener el administrador de la empresa demandante conocimientos financieros que le permitieran comprenderlos por sí mismo. Es por ello que se alega la concurrencia de vicio del consentimiento al suscribir tales contratos, de tal modo que, de haber conocido el contenido de los mismos, y sus posibles consecuencias, no se habrían suscrito.

Se interesa la nulidad de la totalidad de los contratos de permuta financiera suscritos entre las partes, con recíproca devolución de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo, así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada. Subsidiariamente, que se anulen y dejen sin efecto las cláusulas relativas a los importes pagaderos fijos por el cliente, con abono por el cliente del mismo importe variable que el banco. Asimismo, la anulación de las cláusulas relativas a costes y causas de cancelación anticipada del contrato, permitiendo y acordando la cancelación o resolución anticipada de los contratos, sin coste alguno para las partes.

SEGUNDO.- BANCO SANTANDER S.A. se opone a tal reclamación, e interesa la desestimación íntegra de la demanda. Niega que no se le facilitara la información precisa para la contratación de tal producto, así como que aquél no tuviera conocimiento de los riesgos asumidos con dichos productos. Por el contrario, sostiene que fue debidamente informado sobre el contenido y cláusulas incluidas en tales contratos.

Niega, en definitiva, que pueda invocarse la existencia de error sobre el objeto o vicio del consentimiento, puesto que existió información suficiente que excluyen aquellos, atendiendo, además, a la propia naturaleza de la mercantil demandante. Y, no concurriendo tal error, solicita la desestimación de la demanda.

TERCERO.- La contratación de este tipo de productos, conocidos como permutas financieras, swap o clip, ha sido y está siendo objeto de múltiples procedimientos judiciales, existiendo por ello en la actualidad gran número de resoluciones judiciales que se pronuncian sobre la naturaleza de los mismos. Dichos productos, si bien son ofertados por distintas entidades bancarias, tienen una naturaleza coincidente. Del mismo modo, si bien la contratación de tal clase de productos se remonta a años atrás, no ha sido sino hasta el año 2009 en adelante cuando han comenzado las demandas en las que se insta la declaración de nulidad de los mismos. Entiende así la entidad demandada que la actora suscribió en este caso el primer producto en el año 2004, de tal modo que tuvo conocimiento de su contenido desde tal fecha, no siendo admisible que venga a solicitar la declaración de nulidad cinco años más tarde. Es obvio que no es casualidad que en los múltiples procedimientos judiciales sobre esta misma materia se produzca dicha constante. La explicación resulta bien lógica. En los primeros años de vigencia del producto el cliente no tiene motivo de queja, puesto que los resultados obtenidos responden a lo que creyó haber contratado, según lo que se le ofrece por la entidad bancaria. Así, se le ofrece un producto que permite la cobertura o garantía frente a posibles subidas de tipos de interés. Los intereses que se abonan recíprocamente entre las partes llevan a concluir al cliente que el producto responde a esa premisa inicial, pues existe una compensación entre los mismos o, a lo sumo, unos escasos márgenes de beneficio. La sorpresa se produce en el momento en el que se comienzan a producir liquidaciones negativas para el cliente, en cantidades cada más elevadas, hasta llegar a convertir al cliente en deudor frente al banco de importantes sumas de dinero. Lógicamente, es entonces cuando salta la señal de alarma, al no comprender cómo un producto que se le ofreció como garantía de estabilidad frente a las variaciones de los tipos de interés se ha podido traducir en causa de una sustancial pérdida económica para el mismo. Y aún se torna de mayor gravedad dicha situación, cuando se pretende la cancelación del mismo y su coste se

determina de modo unilateral por la entidad bancaria, y de forma aparentemente arbitraria para el cliente, hasta alcanzar sumas desorbitadas, como en el presente caso, en el que se pide el pago de 200.000 euros para permitir dicha cancelación de modo anticipado.

Del examen de este tipo de contratos, vienen concluyendo mayoritariamente los juzgados de primera instancia y las audiencias provinciales que ha se han pronunciado al respecto, que se trata de un producto financiero derivado, complejo, de alto riesgo y de carácter claramente especulativo. Se convierte así "en un instrumento financiero asimétrico que produce un desequilibrio financiero a favor del banco y en perjuicio del cliente". ZAMORANO ROLDAN lo define como "aquel contrato unilateral 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". La sentencia del Juzgado de lo Mercantil num. 2 de Barcelona de 30-11-2009, define el contrato como aquel "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". 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 final.

Basta la lectura de dichos contratos para concluir que son de difícil comprensión, por su complejidad y términos empleados en los mismos. 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. Y, por causa de tal complejidad, es exigible un mayor esfuerzo en la labor de información que ha de desplegar la entidad bancaria, al objeto de que el cliente pueda conocer y comprender el alcance del mismo, y las posibles consecuencias que pueden irrogarse para aquél, especialmente cuando puedan serlo en sentido negativo. Precisamente, ha de destacarse el posible perjuicio económico que pueda causar al cliente. Si sube el tipo de interés, el cliente obtiene un exiguo beneficio. Sin embargo, con la bajada de los mismos, el riesgo se incrementa de forma desproporcionada, de tal modo que no existe proporción entre los riesgos asumidos caso de producirse tal bajada del tipo de interés y el beneficio obtenido en caso contrario.

Sobre tales extremos es exigible que se informe al cliente, recordando así que "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 Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores, al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurra la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras artículo 2 L.M.V.) . La Ley 47/2.007 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 (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 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 (artículo 79 bis nº 3, 4 y 7). Luego el R.D. 217/2.008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las

empresas de servicios e 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 (artículo 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

CUARTO. - Expuesto lo anterior con carácter general, en aplicación al caso que nos ocupa, relata la parte actora que las relaciones habidas con la sucursal de Banco Santander en Basauri se remontan al año 2002. Alega que no fue la demandante la que acudió a tal entidad a fin de solicitar la contratación de tales productos sino que, por el contrario, le fueron ofrecidos por aquélla. Tal extremo fue admitido por los sucesivos testigos que intervinieron en el acto de la vista, y que ocuparon el cargo de director de tal sucursal desde el año 2001 hasta la fecha actual. Todos ellos reconocieron que se le ofrecieron dichos productos, así como también que se le aconsejaban por garantizar una protección frente a posibles subidas de tipo de interés, así como para proporcionarle una financiación para la liquidez de la empresa.

Asimismo, se confirma, tal y como sostiene la parte actora, que los documentos referidos a dichos contratos no le eran entregados con carácter previo al representante legal de la actora, sino que se le hacían entrega de los mismos en el acto de la firma. Esto es, que el actor no tenía la posibilidad de examinarlos con antelación suficiente, a fin de poder leerlos con detenimiento y poder plantear las dudas que se le pudieran suscitar, sino que los mismos se le entregaban en la oficina bancaria, justo en el momento de la firma. Siendo de tal modo, parece innegable que la información que la actora podía tener sobre el contenido de aquellos había de limitarse a la que le hubiera sido ofrecida con carácter previo por los empleados de la sucursal bancaria. Baste la lectura de los documentos n.º 1 a 9 de la demanda para concluir que la lectura somera y rápida de los mismos difícilmente podrá servir para permitir la comprensión de sus términos, y de las consecuencias que pudieran dimanar de los mismos.

Se suscriben así sucesivos contratos, todos ellos con distinta nomenclatura, si bien responden a una naturaleza similar. Los distintos directores de la sucursal coincidieron en afirmar que la razón que justificaba esa firma continuada de distintos contratos no era sino buscar un mayor beneficio para el cliente "atendiendo a las circunstancias de cada momento". Circunstancias que no llegaron a ser explicadas por ninguno de ellos, como tampoco se explica por qué motivo el primer contrato (23 de julio de 2004) es por un importe nominal de 30.000 euros (doc. n.º 1 de la demanda), con fecha de vencimiento de 2 de agosto de 2007 y, sin embargo, sin esperar a tal vencimiento, se suscribe un

nuevo contrato (doc. n.º 2), de 19 de noviembre de 2004, con vencimiento dos años después. Sin embargo, mientras que en el primer contrato el importe nominal es de 30.000 euros, solo cuatro meses después se sustituye por un importe nominal de 2.000.000 de euros. Los siguientes contratos introducen modificaciones, ampliando la duración de los mismos, así como en el nominal y en los intereses, que se incrementan en beneficio de la entidad bancaria, hasta el extremo de que, en uno de los casos, aún cuando se produjera el aumento del tipo de interés, dentro de un límite prefijado, tampoco supone un beneficio para el cliente.

Es verdad que en los contratos se introduce una cláusula tipo en la que se hace constar que las "partes manifiestan conocer y aceptan los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación—es preciso que el titular adquiera el producto con un juicio fundado sobre el riesgo de su cobertura y sobre las expectativas de evolución del activo subyacente, asumiendo que podrá obtener una rentabilidad negativa de su cobertura en caso de que la evolución del activo subyacente sea contraria a la esperada—" Asimismo, se advierte que "el cliente sigue...expuesto a tipos de interés variables, lo que significa que está asumiendo el riesgo de una eventual subida de tipos de interés. Este producto es consistente con una visión de tipos de interés relativamente estables.."

La parte actora interesa la nulidad de tales contratos invocando vicio en el consentimiento, por concurrir error sobre el objeto sobre el que fue otorgado el mismo, según se prevé en el art. 1.266 cc. Al respecto, es constante la doctrina jurisprudencial que exige que, para que el error invalide el consentimiento, 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). Asimismo, 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. Se entiende así que 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, anteceditas y seguidas por otras en el mismo sentido), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él".

Cabe plantearse en el caso que nos ocupa si el error invocado ha de servir a la declaración de nulidad interesada por razón del mismo. La entidad bancaria aduce que no se trata de un mero particular, sino de una empresa constructora, con largo recorrido en su actividad, acostumbrada a la contratación de productos bancarios. Con ser cierta tal afirmación, no consta que el representante legal de la mercantil demandante, D. Aitor Sourrouille Ayerdi, tenga especiales conocimientos en productos financieros de tal índole. Productos que, según se expuso, son complejos y de carácter especulativo. La parte demandada renunció al interrogatorio del representante de la actora, por entender que el mismo nada podría aportar que no constara ya en el escrito de demanda, calificando tal interrogatorio como una prueba inducida y preparada de contrario, en interés de su reclamación. Algo similar cabe decir respecto a las testificales de los distintos empleados de la entidad bancaria que, obviamente, procuraron defender los intereses de la misma, y su propia actividad profesional pues, en definitiva, fueron ellos quienes aconsejaron la contratación de tal producto.

Las distintas contrataciones se realizaron de forma exclusiva con D. Aitor, quien atendió a los ofrecimientos que le proponían de parte de la sucursal, y en la confianza depositada en los mismos. Ciertamente es que en el ejercicio de la actividad de la empresa constructora, su representante legal estaba habituado a contratar distintos productos con esta y otras entidades bancarias. Pero los mismos son los propios e imprescindibles de cualquier empresa similar, tales como líneas de crédito, de descuento, préstamos, entre otras. Esto es, aquellos productos que necesariamente han de ser contratados a fin de poder desarrollar la actividad empresarial y que, por tal razón, resultan habituales y familiares para el empresario. Sin embargo, ninguno de esos productos se asemejan o tienen un fin similar a los swap que nos ocupan. Estos, como ya se dijo, han de ser calificados como productos especulativos y de alto riesgo,

para cuya comprensión real es preciso, o poseer conocimientos específicos que así lo permitan, o el asesoramiento expreso sobre aquéllos. En definitiva, cabe preguntarse si de la lectura de tales contratos cualquier ciudadano medio alcanzaría a prever, aún de forma remota, que pudiera llegar a tener que adeudar cuantías tan abultadas a la entidad bancaria. Y la respuesta ha de ser negativa en todo caso. Y ello se infiere de la respuesta de todos los testigos que intervinieron en el acto de la vista, pues todos ellos reconocieron que en aquel momento era del todo imprevisible que se pudiera producir una bajada de los tipos de interés tan pronunciada. Es así que ni siquiera los directores de la sucursal que ofreció los productos previeron, ni aún de forma remota, que pudieran bajar los tipos de interés hasta tal extremo. Lógicamente, si ni siquiera ellos hicieron tal previsión, es poco plausible que trasladaran al cliente que ello pudiera llegar a ocurrir, y que informaran a aquél sobre las consecuencias de tal posibilidad.

Cabe reputar así que el representante legal de la mercantil demandante carecía de conocimientos financieros que le permitieran comprender el real significado y contenido de tales contratos. Contratos que, como se dijo, se le entregaban en el mismo momento en que se firmaban, de lo que se colige que no pudo examinarlos detenidamente con carácter previo. De ello se infiere que la única información que pudo tener sobre los mismos habrá de ser la que le fue ofrecida por los empleados de la entidad bancaria. Corresponde así a la entidad demandada acreditar cuál fue la información que se le facilitó. Es verdad, como se dijo, que en los contratos se introduce una cláusula tipo en la que el cliente queda avisado de que puede obtener una rentabilidad negativa de su cobertura. Sin embargo, solo con la introducción de dicha cláusula no cabe concluir que la entidad bancaria cumplió con su obligación de informar y asesorar debidamente al cliente sobre cuáles eran los riesgos que se asumían. De la lectura de tal cláusula, lo que cabe inferir es que no se va a obtener una rentabilidad positiva. Es decir, que no se va a obtener ningún beneficio. Lo que no cabe deducir de la misma es que ello pueda llegar a traducirse en la obligación de tener que abonar cantidades tan elevadas a la entidad bancaria. Aún más, lo que difícilmente alcanzará a concluir el cliente es que queda protegido en el caso de subir los tipos de interés y, sin embargo, se le castigará en el caso de que aquellos bajaran.

Fueron preguntados igualmente los directores de la sucursal si se había hecho una simulación al cliente, a fin de explicarle cuáles podían ser los posibles escenarios, en caso de llegar a la situación más perjudicial. Es decir, si se le explicó debidamente, con números concretos, en qué podía traducirse para la empresa la bajada de los tipos de interés. Los directores que ocuparon tal puesto con posterioridad a la suscripción del primer producto en el año

2004, manifestaron que se entendía que el cliente ya había sido asesorado en el momento inicial, y que aceptaba tales condiciones con las sucesivas "reestructuraciones" del mismo. La parte actora acompaña como documento (fol. 48) la simulación que se le hizo en la entidad bancaria al contratar el primer swap. En la misma se realiza una simulación de los resultados que podrían obtenerse, pero únicamente en aquellos escenarios que pudieran resultar positivos para el cliente. No se advierte en caso alguno el importante coste económico que podría tener para el cliente la bajada de los tipos de interés. Lo mismo cabe decir respecto al folleto en el que se realiza un ejemplo de liquidaciones (fol 49), en el que únicamente se prevé cuál será el resultado que obtendrá el cliente con la previsible subida del tipo de interés. Asimismo, el documento n.º 49 se corresponde a folleto informativo de Banco Santander, en el que de modo esquemático se explica cuál es la finalidad de ese tipo de producto. En el mismo se prevé nuevamente un escenario positivo para el cliente. Se garantiza la protección ante subidas de interés y la facilidad de obtener financiación de intereses mediante abonos trimestrales. En caso alguno se hace advertencia, ni aun de forma somera, de que es posible no solo que no se llegue a obtener ninguna rentabilidad, sino de que podría llegar a traducirse en importantes pérdidas económicas.

Se antoja poco plausible que un empresario ordinario, que busca dotar de estabilidad a sus costes financieros, al que se le ofrece un producto que le protege frente a posibles subidas del tipo de interés, termine contratando un producto que le supone un grave perjuicio en su estabilidad económica financiera. Por el contrario, es la entidad bancaria la que encuentra su protección con tales productos, en el caso de que se produjeran las bajadas de tipo de interés. Es verdad que en aquel momento (año 2004) no era posible prever lo que habría de suceder en el ámbito económico internacional unos años más tarde. Sin embargo, era obligación de la entidad bancaria informar al cliente sobre cuáles eran las posibles consecuencias que podrían producirse para el mismo en el caso en el que se produjera tal bajada de los tipos de interés. Y no cabe entender que la inclusión de esa cláusula tipo sirva para suplir tal obligación. Curiosamente, las únicas simulaciones que se hacen manejan únicamente escenarios positivos para el cliente, con la clara intención de ofrecerle un producto atractivo para contratarlo. De haberse hecho una simulación con un escenario negativo, concretando las pérdidas que pudieran llegar a producirse, difícilmente se hubiera contratado tal producto.

Las mismas valoraciones cabe hacer en lo que afecta a la cancelación anticipada. Del folleto informativo que se aporta como documento n.º 49, al que se hizo referencia

anteriormente, se hace una única mención a la "posibilidad de cancelar anticipadamente el producto a precios de mercado". No niega la parte actora que la entidad bancaria le concediera tan cancelación anticipada. Lo hizo cuando aquella lo requirió, una vez que comenzaron las pérdidas económicas derivadas de tal producto. Sin embargo, tal coste de cancelación se fijó por la entidad bancaria en la suma de 200.000 euros, según fue admitido por uno de los testigos, actual director de dicha sucursal. Se informa así de modo sucinto al cliente que podrá cancelar el producto cuando lo tenga por conveniente, si bien no se especifica cuál será el criterio que cuantifique tal coste de cancelación y, menos aún, lo gravoso que puede resultar para el cliente.

En el acto de la vista coincidieron todos los testigos, empleados de la sucursal bancaria, en que el coste de cancelación anticipada no lo determinaba la sucursal, sino la "tesorería". Parece así que es dicho departamento el que determina en cada momento concreto cuál es el coste para proceder a dicha cancelación anticipada. Ninguno de los directores de la sucursal fue capaz de explicar qué criterios eran los que determinaban tal coste, pues ello depende de las circunstancias del mercado, mediante empleo de una fórmula que fija Tesorería, y de la que nace tal resultado. Asimismo, coincidieron todos ellos en que cada vez que se reestructuraba el producto, el anterior quedaba sin efecto y regía únicamente el que le sustituía. Igualmente, coincidieron en admitir que si los tipos de interés subían, el coste de cancelación anticipada había de ser positivo para el cliente, del mismo modo que, caso contrario, si bajaban los tipos de interés, tal coste de cancelación anticipada le será perjudicial.

Pues bien, a la vista de la documental que aporta la actora resulta cierto que en algunos casos se sustituía un producto por otro, en esa "reestructuración", sin que se hiciera abono o cargo por una cancelación anticipada. Sin embargo, al folio 76, se aporta el documento en el que las partes realizan una nueva reestructuración del producto (siempre a instancia del banco), y la misma tiene un coste para la actora de 99.670 euros, que se carga en la cuenta del cliente. Ello contradice las afirmaciones de los directores de la sucursal, puesto que no se produce la subrogación de un producto por otro y, además, porque pese a que en esa fecha (2006) los tipos de interés estaban en alza, la cancelación anticipada resultó igualmente negativa para el cliente, cuando, según reconocieron, tenía que ser de signo positivo.

Expuesto lo anterior, ha de dilucidarse si concurrió o no error que permita la declaración de nulidad que interesa la parte actora. Cabe entender que así fue, puesto que recae sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto, al creerse que se contrata un seguro para evitar riesgos (los

derivados de la subida de tipos de interés), cuando en realidad se conviene un contrato especulativo de alto riesgo, en caso de que bajen dichos tipos de interés. Por tanto, el error afecta 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. Es, además, un error sustancial, porque afecta a un elemento nuclear del contrato, cuál es la obligación que pueda ser exigible a quien lo contrata. No es un error imputable a quien lo padece, que no ha podido evitarlo mediante el empleo de una diligencia media o regular, siendo a la entidad bancaria a la que le era exigible suplir tal desconocimiento ofreciendo una información completa sobre los riesgos asumidos. Existe, además, 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. Es un error excusable, puesto que el cliente siguió el consejo de las personas de la entidad bancaria con la que venía trabajando regularmente, quienes le convencieron que era un producto seguro, que sólo les proporcionaría los beneficios de asegurarse del alto riesgo derivado de una subida del tipo de interés.

Se reputa por ello que concurre error que justifica la declaración de nulidad de la totalidad de los contratos de permuta financiera suscritos entre las partes, con recíproca devolución de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada.

Quinto.- Costas. Se imponen a la parte demandada, en aplicación del art. 394 LEC.

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

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Doña Paula Basterreche Arcocha, en nombre y representación de la mercantil S.L., frente a BANCO SANTANDER S.A., representada por el procurador de los tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba, DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD de la totalidad de los contratos de permuta financiera suscritos entre las partes, con recíproca devolución de las

prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Conforme al art. 457 de la LECn, contra esta sentencia puede interponerse ante este juzgado recurso de apelación en el término de cinco días desde su notificación, mediante escrito de preparación en el que se citará la resolución apelada y se indicarán los pronunciamientos que impugna.

Para interponer el recurso será necesario la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4726 0000 00 1243 09, consignación que deberá ser acreditada al **preparar** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo

LA JUEZ

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, estando la misma celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial doy fe, en BILBAO (BIZKAIA), a veinte de junio de dos mil once.