

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E  
INSTRUCCIÓN Nº 2 DE BERGARA**  
**BERGARAKO LEHEN AUZIALDIKO ETA  
INSTRUKZIOKO 2 ZK.KO EPAITEGIA**

ARIZNOA s/n - C.P./PK: 20570  
TEL.: 943-038052  
FAX: 943-038057

NIG / IZO: 20.03.2-10/002377

**KOPIA DA / ES COPIA**

**Pro.ordinario L2 / Proz.arrunta 2L 317/2010 - B**

**SENTENCIA Nº 55/2011**

**JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARTA MARTÍN IGLESIAS**

**Lugar: BERGARA (GIPUZKOA)**

**Fecha: veintitrés de junio de dos mil once**

**PARTE DEMANDANTE: S.L.**

**Abogado:**

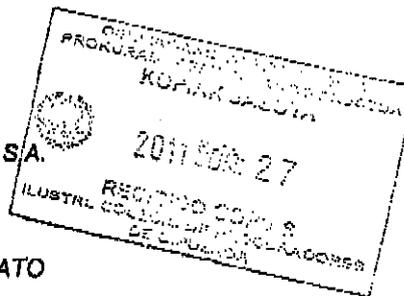
**Procurador: MIGUEL ANGEL OTEIZA ISO**

**PARTE DEMANDADA BANCO SANTANDER S.A.**

**Abogado:**

**Procurador: JOSEFA LLORENTE LOPEZ**

**OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD DE CONTRATO**



VISTOS por Dña. MARTA MARTÍN IGLESIAS, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de los de Bergara y su partido, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO seguidos en este Juzgado con el número de procedimiento 317/10 B a instancias de la mercantil , S.L. representada por el Procurador D. Miguel Ángel OTEIZA ISO y defendida por el letrado D. Marcelino TAMARGO MENÉNDEZ, siendo parte demandada BANCO SANTANDER, S.A., representado por la procuradora Dña. Josefin LLORENTE LÓPEZ y defendido por el letrado D. José Manuel CORTÉS, en virtud de las facultades que me han sido dadas por la Constitución y en nombre del Rey, dicto la siguiente Sentencia,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Procurador Sr. Oteiza, en nombre y representación de la mercantil , S.L. se presentó demanda en ejercicio de nulidad del contrato de operaciones

financieras y sus anexos confirmación de SWAP ligado a la INFLACI de fecha 17/06/2008 firmados entre las partes por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en la prestación del consentimiento llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del mismo con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el artículo 1303 C.C. de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, Debiendo procederse por tanto a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas y subsidiariamente se declare que el demandante tiene derecho de apartarse del contrato sin obligación de pago de penalización alguna al banco demandado declarando nula o anulando cualquier estipulación (por oscura) contractual que se oponga a ello o imponga un coste o penalización por ello desde la fecha de interposición de la demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida la demanda y emplazado el demandado en legal forma en fecha 18 de noviembre de 2010 realizan contestación a al demanda solicitando la desestimación de la demanda presentada de contrario, con imposición de costas a la parte demandante.

**TERCERO.-** Citadas las partes a la Audiencia Previa comparecen las partes solicitándose como prueba por la parte demandante el interrogatorio del representante legal de la entidad Banco Santander, se tengan por reproducidos los documentos acompañados con la demanda, aportación de sentencias dictadas por otros órganos, solicitud de requerimiento a la demandada copia firmada de la oferta vinculante emitida previamente a la formalización del préstamo con garantía hipotecaria que dio origen al contrato de gestión de riesgos financieros si la hubiera, no admitida, se requiera a la entidad financiera demandada para que certifique el coste de cancelación del contrato de swap ligado a la inflación en la fecha de ser requerido para la cancelación del producto, el sistema de cálculo de ese coste y las FÓRMULAS para la obtención del importe resultante, pericial se de por reproducido el dictamen emitido por D. Cristóbal Verdú Nido, con su citación judicial, para su interrogatorio, y testifical de Dña. Estíbaliz Berasaluce Azcárate (quien finalmente compareció como interrogatorio de parte) y Dña. Amaia Sanz Moreno y por la parte demandada se solicita el interrogatorio del gerente de S.L. que firmó los documentos, unión definitiva de los documentos acompañados con la demanda, más documental de sentencias dictadas por otros órganos judiciales, pericial técnica.

Admitida toda ella, se acordó la celebración de la vista oral para el día 20 de junio de 2011, practicándose todo ella con el resultado que consta en las actuaciones quedando por tanto los autos vistos para sentencia.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este proceso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La parte demandante presentó demanda en el que instaba el dictado de una Sentencia por las que se declarase nulo el contrato de operaciones financieras y sus anexos confirmación de SWAP ligado a la INFLACI de fecha 17/06/2008 firmados entre las partes por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en la prestación del consentimiento llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del mismo con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el artículo 1303 C.C. de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Interesando que se proceda a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

Además de lo anterior, interesa subsidiariamente que se declare que el demandante tiene derecho de apartarse del contrato sin obligación de pago de penalización alguna al banco demandado declarando nula o anulando cualquier estipulación (por oscura) contractual que se oponga a ello o imponga un coste o penalización por ello desde la fecha de interposición de la demanda.

Sobre la nulidad por vicios del consentimiento manifiesta que existe un error en su mandante cuando queriendo asegurarse contra la subida de la inflación, se encuentra, pasado el tiempo, inmerso en un secuestro financiero por productos de alto riesgo financiero, existiendo también un dolo de la entidad bancaria que no asesora suficientemente a su cliente, inexperto en inversiones de ese tipo, llevándole a firmar contratos que han colocado a la empresa a una situación que les llevará a la quiebra. Termina resumiendo que *“se firmó bajo engaño, la demandada no explicó diligentemente las cláusulas de los mismos, y se prestó consentimiento bajo error, ocasionándose una serie de daños y perjuicios...”* En la vista oral el demandante ha manifestado que creyó que contrataba un seguro para cubrir los costes en relación al IPC que estaba contratando para cubrir hasta la cantidad de 300.000 euros y que creía que se podría cancelar en 3 años.

Sin embargo la parte demandada manifiesta que no existió ningún error en el consentimiento pues recibió la demandante *“... todas las explicaciones sobre el producto que no son como se dice complicadas ya que es convertir en fijo un coste variable y la inflación someterla al tipo del 3.55% y por el contrario el Banco pagar sobre la variabilidad marcada por el IPC...”*

Indica además que *“el cliente se asegura a pagar una tasa fija de inflación acumulada que es el tipo fijo capitalizado, a cambio de recibir una tasa de inflación acumulada variable; si la tasa de inflación acumulada es superior al tipo fijo capitalizado, recibirá la diferencia; pero si la tasa de inflación acumulada es inferior al tipo capitalizado, deberá pagar la diferencia. Cuanto mas baje la tasa de inflación acumulada respecto al tipo fijo capitalizado, mayor será la liquidación negativa que tendrá que afrontar el cliente”*

**SEGUNDO.-** Lo único cierto en este procedimiento es que se ha formalizado entre las partes en fecha 13 de junio de 2008 un contrato marco de operaciones financieras (doc. Nº 2 de la demanda) y una confirmación SWAP ligado a inflación con fecha de inicio 17 de junio de 2008.

Dicho contrato ha sido entendido por la jurisprudencia, SAP Asturias, Secc. 5º de 27 de enero de 2010, en concreto fundamento jurídico 3º *“Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 C.com. , importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con independencia de prestaciones actuando cada uno 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 (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipo 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 resultado 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 C.c. 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”*

Por otro lado también tenemos la definición que ha relatado el Juzgado nº 2 de lo Mercantil de Bizkaia que señala como *“Las acciones ejercitadas giran en torno al contrato de permuta financiera o tipos de interés, también denominado con el anglicismo swap. El mismo consiste someramente en un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de flujos de dinero en una fecha futura. Dichos flujos pueden, en principio, determinarse en función, ya sea de los tipos de interés a corto plazo como del valor de índice bursátil o cualquier otra variable. Es utilizado para reducir el costo y el riesgo de financiación de una empresa o para superar las barreras de los mercados financieros. Como subtipo de este tipo de contratos, se conoce el swaps de tipo de interés, el más simple y conocido en los mercados financieros, consistente en un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un periodo de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos”*

Y ya por último haremos referencia a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alava, sección 1º de 18 de enero de 2011 que indica que en dichos contratos *“ las partes han pactado intercambiar (swap significa en inglés cambio, caja o cambalache) tipos de interés, especulando con que superarán o no ciertos límites máximo o mínimo, a partir de los cuales queda obligada a reintegrar a la otra, por el tiempo que hayan pactado. Es significativa la definición que de tal contrato contiene el modelo de contrato marco de operaciones financieras que oferta en su página web la Asociación Española de Banca Privada como “aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y*

*durante un periodo de duración acordada". Aunque el contrato suscrito no se haya elaborado por esta asociación, sino por BANESTO, expresa claramente una finalidad distinta que la cobertura o aseguramiento frente a la elevación de tipos de interés . En la doctrina de las Audiencias destaca la SAP Asturias, Secc. 5º, de 27 de enero de 2010 (AC 2010) , luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc 7º de esta misma audiencia, y sistemáticamente citada por otras Audiencias que la han seguido posteriormente. (-) Las SAP Cáceres, Secc. 1º, de 18 de junio de 2010, SAP León, Secc 2º de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc 5º , de 26 de octubre de 2010, ROJ SAP Z 2416/2010, subrayan los tintes especulativos que lo caracteriza, Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc.9º de 6 de octubre de 2010, dice que "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del Art. 1.255 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 coste financieros".*

Es decir, son productos financieros complejos, difíciles de entender para la mayoría de la gente.

**TERCERO.-**En cuanto a la normativa aplicable hay que decir que debemos tener en cuenta la Ley de Mercado de valores 24/1988 de 28 de febrero que en el punto que nos ocupa fue modificada por la Ley 47/2007 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 (Directiva 2004/39/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de Abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y finalmente la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. En definitiva se refuerza con dicha ley *las medidas dirigidas a la protección de los inversores como consecuencia de la creciente complejidad y sofisticación de los productos de inversión y el constante aumento en el acceso de los inversores a los mercados.*

Es de aplicación también la Ley de condiciones generales de la contratación de 13 de abril de 1998

**CUARTO.-** Como hemos señalado, la parte demandante ha indicado que los citados documentos son nulos por haber existido error en el consentimiento de la mercantil contratante.

El artículo 1.261 C.C. señala que entre los requisitos esenciales de todo contrato 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 artículo 1262 C.C., y que será nulo, según establece el artículo 1264 del C.C. si se hubiera 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 importante relevancia 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 se 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.

Para que dicho error invalide el consentimiento ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. En definitiva para que el error sea invalidante deberá 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 éste 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 Sent. 3-3-1994, 24-1-2003 y 17-7-2006).

Ha de indicarse que en el ámbito de la contratación bancaria, tanto la legislación como la jurisprudencia, es consciente de la posición de debilidad del cliente debiéndose por tanto ser riguroso con la valoración de la actuación de la entidad bancaria en todas las fases de la contratación.

En la fase precontractual, debe procurarse una información lo suficientemente clara y precisa para que el consumidor entienda el producto o servicio y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que puede tener si finalmente contrata el producto.

En la fase contractual propiamente dicha, tal y como señala en el artículo 8 de la Ley de Condiciones General de Contratación 7/1998, se debe exigir claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato finalmente suscrito entre las partes.

Y ya finalmente en la fase posterior a la firma, se debe exigir mecanismos de protección y reclamación claros y eficaces en su uso y destinados a las partes que puedan verse de cierta aleatoriedad (A.P. Gerona, sección 1ª de 18 de febrero de 2011).

Como hemos indicado, 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 (no es admisible lo argumentado por el letrado del Banco Santander quien manifestó que su representado no tenía información privilegiada, pues los datos están a disposición de cualquiera) que vienen a aprovechar para

ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permiten obtener mayor rentabilidad y que en estos concretos contratos en que la expectativa de un desplome en la evolución de los tipos de interés y por ende del índice referencial, comporta para los clientes, inexpertos o no profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial realizada, no siendo tampoco admisible en este caso, como así indicó la Sra. Berasaluce, que era deber del cliente el que se informara semanalmente de cómo iban los tipos de interés y que éste al ver la tendencia existente en el momento decidiera la continuación o no del producto ( ha indicado que no recibieron ninguna consigna de sus superiores de contactar con los clientes a la vista de la bajada de la inflación para que cancelaran anticipadamente sus productos)

No podemos dejar de mencionar lo indicado por la tantas veces mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de enero de 2010 en cuanto a este punto de "error en los contratos bancarios SWAP", *"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 10 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.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.)*

*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.*

*Este desarrollo 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 resgos que cada operación conlleva" (art.5.3)*

*Dicho Decreto fue derogado pero 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 (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 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 no le es exigible un deber de fidelidad al actor, 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 a perfección del contrato con adecuado y suficiente conocimiento de causa", como dice el preitado 79 bis de a L.M.V."*

**QUINTO.-** Señalado lo anterior, debemos proceder a analizar el caso concreto.

Comenzaremos señalando a la conclusión a la que ha llegado esta juzgador, y no es otra que del conjunto de la prueba practicada la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y las características del producto fue bastante deficitaria.

Ha señalado la representante del Banco Santander que ha depuesto, Dña. Estíbaliz Berasaluce Azcárate que el Sr. \_\_\_\_\_ acudía 1 o 2 veces a la semana a la oficina y en una conversación que mantuvieron surgió este producto, el cual le fue explicado en la oficina bancaria a lo largo de 1 hora en diferentes días, (hemos de poner en referencia que la Sra. Berasaluce, licenciada en ciencias empresarias, y directora de la sucursal del Banco Santander, recibió un curso formativo en estos productos en diferentes días de duración aproximada de 8 horas). Que ella fue la única que lo comercializaba en su oficina y que creía que el producto le interesaba a \_\_\_\_\_ S.L. .

Ha indicado posteriormente que hubo dos reuniones, una primera con el Sr. \_\_\_\_\_ y luego otra con este señor y con la Sra. \_\_\_\_\_. Ha indicado que les comentó que hablaran con su asesor externo, que sabía ya con anterioridad que tenía la mercantil, y que les entregó documentación precontractual. Ha de indicarse que dicha documentación precontractual no ha sido aportada al procedimiento, ya que por un lado la demandada ha manifestado que ella la entrega al cliente y que no se queda con copia en el expediente, y el demandante ha manifestado, y en los mismos términos ha declarado la testigo Sra. \_\_\_\_\_ administrativa de la empresa (y esposa de uno de los socios de la empresa), que no le dieron ningún documento precontractual, ni le dijeron nada de consultar a su asesor, sino que se lo explicaría en ½ o 1 horas y como un seguro para cubrir costes por el IPC (personal ...).

Hay que indicar que en este caso, el cliente del Banco, la parte demandante, es una mercantil dedicada a la compra y corte de chapa (mueve al mes aproximadamente 150 toneladas, según indicó el Sr. ) y que con este producto, según la declaración del Sr. l..... pensaba que contrataba un seguro para cubrir determinados costes afectados por el IPC. Siendo cierto que el Sr. ha indicado que como tiene conocimientos de empresariales pues inició la carrera hace unos 30 años, no puede con este trasladarse que disponía de conocimientos financieros tan específicos como requiere este producto.

Ha indicado la Sra. Berasaluce, que no recuerda si le comentaron algunas dudas, aunque sí le dijo que tuviera cuidado ya que podía tener un coste para él, reconociendo además que el producto tiene un riesgo, aunque reconoció que no le dijo cantidad alguna. En este mismo punto el Sr. ha manifestado que sí que le dijeron que podía ganar algo de dinero, pero poco, si subía el IPC, pero que en el escenario negativo entendió que el coste será de unos 1.000 euros, no de 300.000 euros

Sí se ha aportado un documento nº 3 en la contestación, cuya firma ha sido impugnada y no reconocida por la parte demandante, consistente en un test de riesgo. El Sr. ha manifestado que el mismo no se le realizó no reconociendo la firma que en el mismo consta como suya, y tras haber sido requerida la demandada para que aportara el original ésta ha manifestado que no tiene a su disposición dicho documento original.

Durante la vista oral se produjo una pequeña discusión entre el letrado del demandante y la Sra. Berasaluce, sobre el significado del término "mercado", ya que en el contrato analizado, aparece varias referencia a "precios mercado", con el que el letrado del demandante quiso que aquella definiera dicho término aplicable a este contrato, llegando a manifestar ésta que desconocía a qué se refería aunque luego a preguntas de su letrado manifestó que era el tipo al que puede establecerse la inflación.

Señalamos lo anterior, porque si la propia comercial de este producto no puede definir ni concretar este término reiteradamente utilizado en el contrato, ¿hay que exigirle al demandante, profano en los mismos, que lo conociera?. Decimos lo anterior, por que la Sra. Berasaluce ha indicado que se informó al demandante sobre la posibilidad de cancelar el producto a "precio de mercado" y que éste lo daba su departamento de Tesorería

La Sra. Berasaluce ha indicado también que se plantearon diversos escenarios traducidos en euros, habiendo negado el Sr. que se le explicaran los diversos escenarios.

En cuanto al establecimiento de la cantidad de 300.000 euros como nominal, fue convenido entre las partes basado en documentación remitida por la parte demandante al propio banco. En cuanto ha esta documentación ha indicado que se refiere al balance de situación de la empresa (habiendo negado la testigo Sra Sanz que el mismo fuera remitido al banco para dicho documento, sino que lo remitían periódicamente por las relaciones comerciales que tenían con el banco)

Por otro lado tenemos también las declaraciones testificales de los dos peritos de cada una de las parte. El perito del demandante, Sr. Verdú Nido ha referido que en el mes de marzo de

2008, ya el Banco de España y la fundación FUNCAS habían publicado que el IPC iba a ir bajando por debajo del tipo fijo contratado. Ha indicado que el producto no es equilibrado en sus prestaciones ya que por ejemplo el tipo fijo fijado para el cliente (3,55%) estaba por encima de las previsiones de evolución futura, y por otro lado que la forma de calcular lo que paga cada uno se hace para uno en capitalización compuesta y para el otro simple, las probabilidades de que el Banco gane son mayores.

Ha indicado que el nominal indicado de 300000 no es acorde para lo que se pretendía cubrir, pues del balance que consta en las actuaciones y sobre el que se realizó el estudio no prevé unos costos superiores a 160.000 euros.

Sin embargo el otro perito, Sr. Martínez Pina García manifiesta que no cree que el producto sea desequilibrado en cuanto a las prestaciones entre las partes, (tipo no compuesto-tipo compuesto), dice que ambos pagos son acumulados y que el tipo de 3,55% siempre ha estado pro encima del 3 por lo que no hay desequilibrio. En cuanto a la referencia de los 300.000 euros tampoco cree que son injustificados según el test de idoneidad (impugnado), se le muestra el balance de la empresa y señala que con dichos datos no puede llegar a conclusión pues puede haber muchas explicaciones o concreciones a los datos que hay en él.

**SEXTO.-** Dice el artículo 217 LEC, que *"Cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente o las del demandado o reconvenido según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones 2.- Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición"*

En este supuesto se produce una inversión de la carga de probar el hecho de la información que al banco compete, de informar al otro contratante, sobre el producto financiero que contrata a fin de que el mismo pueda manifestar un consentimiento formado e informado que produzca plenos efectos contractuales. Es decir, la carga probatoria acerca del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, debe pesar sobre el profesional financiero. Además ha de indicarse 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 los clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos, se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

Hay que indicar además que consta en el contrato marco de operaciones financieras la cláusula 16.6 en la que indica que *"Cada una de las Partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra Parte sobre las ventajas o conveniencia de realizar cualquiera de las Operaciones, realizándose las mismas sobre la base de las estimaciones y cálculos de riesgos que las propias Partes efectúen"*, lo cual es ciertamente sorprendente, si lo unimos a que el contrato firmado tiene el riesgo de la variación de los tipos de interés, cuya variación, entendemos no ha quedado acreditada, que se hubiera advertido a la demandante.

Entendemos que tampoco se ha acreditado el riesgo cierto de la operación más allá de lo dispuesto en el contrato marco o en el de confirmación (decir además que el demandante y la testigo Sra. Sanz han manifestado que el contrato no les fue entregado hasta que se produjo la primera liquidación y fueron a protestar).

Como hemos indicado anteriormente en relación a la información precontractual, no se ha podido acreditar, pues no se ha aportado la misma y ha sido negada por la demandante, que la misma existió. Y en base a lo anteriormente argumentado, hubiera sido importante que la misma hiciera hincapié en la volatilidad del índice de referencia, no habiéndose acreditado tampoco en la confirmación, información referida a este extremo que entendemos esencial para entender el producto contratado. La volatilidad de los tipos de interés. Este punto es importante pues los Bancos, conocen las previsiones de la evolución del mercado de tipos, y tal y como indicó el perito Sr. Martínez Piña, ya se estaba viendo la tendencia de bajada de los mismos, que finalmente se produjo pocos meses después. Entendemos que el banco no se cercioró de que el cliente fuera consciente de que en un escenario de evolución de tipo interés bajo, las liquidaciones periódicas pudieran ser no sólo negativas, sino que además lo fueran en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar.

A la vista de todo ello, entendemos que el Banco Santander ha incumplido la previsión 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, toda vez que en cuanto a la claridad es sumamente difícil y en cuanto al equilibrio, en las liquidaciones el Banco no sufre pérdidas, y el demandante se le puede ocasionar, como así ha ocurrido, importantes gastos.

**SEPTIMO.-** Todo lo anterior, nos lleva a la conclusión de la existencia de un error en la prestación del consentimiento que vicia la celebración de ambos contratos y da ocasión a declararlos ineficaces, y ello por que el error es sustancial desde el momento en que recae sobre un elemento esencial del negocio, es decir, sobre las consecuencias económicas concretas que presentaban para la demandante su celebración y en segundo lugar por que el mismo es excusable ya que ni de la lectura de los contratos posibilita conocer con seguridad que esas concretas consecuencias que podían devengarse durante su vigencia y desarrollo ni es de presumir para la demandante la posibilidad de alcanzarlas por otros medios con el empleo de una diligencia media o usual.

Por todo ello, se estima procedente declarar la nulidad de sendos contratos, propiamente anulabilidad en la distinción doctrinal de los términos, con las consecuencias del artículo 1303 C.C.

**OCTAVO.-** En cuanto a los intereses son de aplicación los artículo 1.100 y 1.108 C.c. y el artículo 576 LEC.

**NOVENO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC, y dada la estimación de las pretensiones de la parte demandante procede la imposición de las costas a la parte demandada, Banco Santander

Vistos los artículo citados y demás de general y pertinente aplicación

### **FALLO**

Que debo **ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda presentada por el Procurador D. Miguel Ángel OTEIZA ISO, en nombre y representación de la mercantil S.L. contra BANCO SANTANDER, S.A. y en consecuencia debo **DECLARAR Y DECLARO** nulo por vicio en el consentimiento prestado por la actora, los contratos sobre operaciones financieras de fechas 13 de junio de 2008 y sus anexos y confirmación de SWAP ligado a la inflación de fecha 16 de junio de 2008, suscritos por las partes con obligación recíproca de restitución de las cantidades abonadas por su virtud por una y otra partes, así como sus intereses devengados desde la fecha de su pago o cobro, con expresa condena en costas a la parte demandada Banco Santander, S.A.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LECn). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

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 1873/0000/04/0317/10, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación 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 esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Secretario Judicial doy fe, en BERGARA (GIPUZKOA), a veintitrés de junio de dos mil once.