

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº****4**

Avenida Pedro San Martín S/N  
Santander  
Teléfono: 942357024  
Fax.: 942357025  
Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**Nº: **0001647/2010**

NIG: 3907542120100004550

Materia: Cumplimiento

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante		ANA BOLADO GÓMEZ
Demandado	BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO SA	RAÚL VESGA ARRIETA

**SENTENCIA nº 000193/2011**

En Santander, a 28 de junio de 2011.

El Ilmo. Sr. D. Justo Manuel García Barros, Magistrado Juez de Primera Instancia nº 4 de Santander y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario 1647/10 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante la entidad ..... S.A. con Procurador Sr/a. Ana Bolado Gómez y Letrado Sr/a. Ricard Tasies Beleta, y de otra como demandada la entidad Banco Santander Central Hispano con Procurador D/ña. Raul Vesga Arrieta y letrado Sr. Ernesto Benito Sancho, sobre nulidad de contrato y de los cargos y abonos producidos en la cuenta corriente asociada al contrato, con devolución de las mutuas contraprestaciones y costas, y,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se turnó a este Juzgado procedente de la oficina de reparto demanda de juicio ordinario suscrito por el/la procurador/a al que se hace referencia en el encabezamiento en la representación mencionada en la que tras relatar los hechos base de su demanda y alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria de la demanda se declarara lo siguiente:

- A) Se declare nulo y sin valor ni efecto alguno el contrato de operaciones financieras suscrito el 14 de Noviembre de 2007 y su confirmación fechada el 8 de noviembre de 2007 entre ..... S.A. y el Banco de



Santander, por haber existido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento por parte de la actora, consistente en error excusable.

B) Se declaren igualmente nulos los gastos y abonos producidos en la cuenta corriente asociada al contrato y que queden acreditados por la prueba que se practique, así como a la devolución de las mutuas contraprestaciones con sus frutos e intereses.

C) Se impongan las costas si se opusiera la demandada.

SEGUNDO.- Por decreto se admitió a trámite la demanda y se tuvo por parte legítima al referido procurador en nombre y representación del actor según lo acreditaba por poder e incoando el procedimiento correspondiente se acordó dar traslado a la parte demandada para que contestara a la misma. Se dio cumplimiento a dicho trámite con la postulación a la que se ha hecho referencia. Citadas las partes comparecidas para la Audiencia Previa tuvo esta lugar con los efectos que se encuentran recogidos en el DVD correspondiente.

TERCERO.- Señalada fecha para el Juicio el día 15 de Junio de 2011, se celebraron las pruebas que se habían admitido, interrogatorios, periciales y testificales, recogándose el resultado de las mismas en los medios audiovisuales unidos al procedimiento. Se concluyó por las partes personadas como a su derecho convino y quedaron los autos para sentencia.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de algunos de los plazos por el trabajo que pesa sobre este órgano judicial.

### HECHOS PROBADOS

UNICO.- De la prueba practicada, especialmente de la documental, interrogatorios de las partes y testigos ha quedado acreditado que:

A) La entidad actora, ( ) S.A., tenía en el mes de Noviembre de 2007 una serie de operaciones de crédito en el Banco de Santander, por una cantidad cercana al millón de euros. El personal de la sucursal de San Feliú de Llobregat propuso al administrador de la entidad actora la firma de

sendos contratos, uno denominado marco y otro de confirmación, que tenían como objetivo asegurarse o evitar las variaciones al alza del Euribor. Se aceptan estos contratos, que son explicados y suscritos por el Sr. [redacted] y firmados también por el [redacted] como director y subdirector de la sucursal.

- B) Se firma un contrato Marco de operaciones financieras con fecha 14 de Noviembre de 2007 ( documento 1 de la demanda) y la " Confirmación de permuta financiera de tipos de interés ( Swap bonificado 3x3 con barrera Knock-In) de fecha 8 de noviembre de 2007 ( si es la que aparece como fecha de la operación). En este último, que es del que viene el problema que se ha sometido al tribunal, se recogen, entre otras estipulaciones: " Operación Permuta financiera de tipos de interés. Santander Central hispano paga trimestralmente un tipo de Interés Variable EURIBOR3M fijado al inicio de cada periodo trimestral/el cliente paga trimestralmente i) tipo de interés fijo ( si el tipo variable de referencia es igual o inferior al Tipo Barrera Knock-in ) o ii) tipo de interés variable fijado al inicio del periodo (si el tipo variable de referencia es superior al Tipo Barrera Knock-in )". Antes de las firmas aparece la siguiente declaración " Conocimiento de los riesgos de la operación. Las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. Cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos"
- C) Las liquidaciones se debían llevar a efecto cada tres meses y se empiezan a realizar el 12 de Febrero de 2008, con un abono a la actora de 201,89 euros, en mayo se hace un cargo de 422,50 euros, en agosto un abono de 907,22 euros, en noviembre un abono de 1.190,89 euros. Con posterioridad a Febrero de 2009 todo han sido cargos, por 240,22 euros, 6.207,75 euros, 8.144,56 euros, 9.240,89 euros, 9.672,78 euros, 9.488,39 euros, 9.757,11 euros y 9.189,78 euros ( según aparece al folio 20 del informe pericial de la parte demandada).
- D) La parte actora procedió el día 19 de Marzo de 2010 a remitir un burofax a las oficinas centrales del BSCH mostrando su interés en proceder a la cancelación anticipada de este y otros contratos, y solicitando que se le comunicaran los importes de las liquidaciones. Por el Banco no se contestó

a este requerimiento. El perito de la parte actora pone de relieve que la empresa no tiene la posibilidad de evaluar ni de forma aproximada el Coste de la Cancelación anticipada, ni con posterioridad ni pasado el momento. El perito del Banco de Santander disiente de ello y manifiesta que en el momento en que se pide esta información el valor del derivado financiero era de 26.590,51 euros.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Se ejercita en esta litis una acción de nulidad de un contrato de los denominados de permuta financiera de tipos de interés o swap, en su denominación anglosajona. El motivo por el que la parte actora pretende que sería nulo es por concurrir en vicio en la voluntad contractual al existir error excusable en la misma, motivado por una defectuosa información.

Lo cierto es que, como se puede ver en cualquier base de datos que se consulte, este tipo de contratos han provocado una amplia jurisprudencia, hasta ahora menor, que generalmente va en la misma dirección. Se trata de productos bancarios de importante riesgo y que son ofrecidos con una escasísima información a los clientes, los cuales al cabo de cierto tiempo se encuentran pagando ingentes cantidades de dinero, a veces tras haber percibido unas pocas liquidaciones a su favor, lo que provoca el intento de los mismos de desligarse de esos contratos, encontrándose con importantes dificultades, jurídicas o económicas, para ello. Es necesario por tanto un estudio de la materia, empezando por la definición de los mismos.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de Abril de 2011 se recoge que "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes



de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor."

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 31 de Marzo de 2011 se recoge que "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. 58 y 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 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. 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.”

Todo ello supone, como se ha recogido, que se trata de contratos no habituales en la vida jurídica y que tampoco son comprensibles por cualquiera, sino que son propios de la operativa bancaria, y como tales resultan predeterminados por el Banco, el cual establece no solo el capital nominal, sino también los tipos de interés fijo y variable que se van a intercambiar y las barreras para que estos actúen, por lo que el cliente, que difícilmente lo comprende, no puede incorporar elemento alguno pues es necesaria una gran información y muchas simulaciones para conocer cómo puede funcionar en las diversas situaciones que se pueden producir. De hecho se ha puesto de relieve por la mayoría de la jurisprudencia que no parece que hubiera en los citados bancos que han ofrecido estos productos un dolo que les llevara a intentar que se produjera un importante desplazamiento económico desde el patrimonio del cliente al suyo, sino que se trataba simplemente de que no previeron, aunque en algunos casos es evidente que pudieron hacerlo, que se iba a producir un desplome del tipo de interés variable al que estaban indicados, el Euribor.

Pero en realidad la cuestión no es esa, sino que de lo que se trata aquí es de determinar si al ofrecer este tipo de productos se les dio a los clientes la información necesaria para que conocieran las consecuencias de los mismos.

**Segundo.-** En efecto, lo que se imputa en este, y en otros casos similares, es que el cliente no tenía un conocimiento cierto del contenido del contrato y no lo podía tener por la información que se le daba. El error, en el consentimiento consiste en un conocimiento equivocado de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración efectivamente no querida, exigiéndose por la jurisprudencia para que pueda fundamentar la anulabilidad del contrato el que se trate de error sustancial y excusable, es decir no imputable al que lo padece.

Además de ello no se puede olvidar que estamos ante un contrato regido por la legislación bancaria de protección a los clientes de estas entidades, y que exigen una mayor protección por ser considerados como de más difícil comprensión. Es necesario por lo tanto ver como ha abordado la jurisprudencia los casos similares.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de 9 de Mayo de 2011 establece en un caso similar que "El error es jurídicamente relevante porque lo reputamos esencial y excusable (según los requisitos reelaborados por la doctrina y la jurisprudencia españolas). Es esencial, aunque no se trate de un motivo causalizado, según el criterio objetivo de la común opinión del tráfico económico-jurídico porque la posibilidad y la dificultad de apartarse del mismo es un aspecto principal de un contrato de larga duración (v. SSAP Pontevedra 1ª 189/2010, 7-4; Valencia 9ª 276/2010, 6-10; Burgos 3ª 445/2010, 10-11 y 486/2010, 3-12; Álava 1ª 20/2011, 18-1 y 217/2011, 14-4; y Asturias 4ª 53/2011, 11-2 y 83/2011, 2-3 y 5ª 108/2011, 17-3). También es relevante según el test de causalidad (la mejor doctrina anglosajona y los textos internacionales más avanzados proponen reemplazar el test de esencialidad por el de causalidad) porque el errans «si no fuera por el error , no habría concluido el contrato o solo lo habría hecho en términos fundamentalmente diferentes y la otra parte sabía o podía razonablemente esperar que conociera esto» (art. II.-7 :201(1)(a) DCFR) y, además, existía un deber precontractual de información incumplido (art. II.-7 :201(1)(b)(iii) DCFR) ya que el banco no acredita (art. 217.3 LEC EDL2000/77463 ) el cumplimiento de los específicos deberes de información (en detalle, art. 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión EDL2008/4324 ). Estimamos que la revelación de los costes de cancelación en el caso enjuiciado habría frustrado el negocio pues no cabe esperar en un cliente racional que, a cambio de la expectativa de unas pequeñas liquidaciones positivas (lo que se le auguró como más probable) se arriesgue el pago de un coste de cancelación exorbitante, materializado en las propias liquidaciones de los productos (227 800 Eur. en el Swap Inflación y 145 945,82 Eur. en el Swap Flotante Bonificado)."



La Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 20 de Abril de 2011 mantiene que: "Como es que lo pretendido es la declaración de nulidad del negocio por error en el consentimiento por falta de la necesaria información, que el legal representante de la actora, al declarar, acusó el error ante el desarrollo negativo para sus intereses del contrato litigioso y que eso mismo pone en evidencia el adverso en el sentido de que al evocado error sólo lo hace aflorar la parte ante ese resultado así como que, ya se ha dicho, tiene el contrato suscrito un considerable matiz aleatorio y hasta, pudiera decirse, especulativo que, antes de entrar al análisis del caso, debe abordarse este aspecto del contrato en orden a la causa del mismo y el error alegado y es que la consideración objetiva de la causa de los contratos ha llevado a rechazar su identificación con los motivos o previsiones de cada parte al contratar (SES 27-5-1982, 29-11-89 ra 7921, 4-12-97 ra 8727 Y 1-4-98 como también con el buen fin de la operación o lucro inicialmente proyectado y menos aún cuando la operación pueda calificarse de especulativa ( STS 5-12-2006 /2007) ni por tanto, tampoco, en fin, pudiera alegarse error por frustración de las previsión o combinaciones negociales respecto de hechos ocurridos durante la fase de consumación del contrato (sts 17-10- 1989) "

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de Abril de 2011 establece que "el error , para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio. Requiriéndose, además, que sea excusable, esto es, no imputable a quién 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 quién 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 otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (en tal sentido, SSTS, de fechas 3-3-1994, 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006). Pues bien, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba por lo demás obligado a proporcionar, acerca de las características de los productos clips Bankinter suscritos por los demandantes -en quiénes concurriría la

condición de clientes minoristas, a tenor de la reformada normativa de la Ley de Mercado de Valores por Ley 47/2007, de 19 de diciembre EDL2007/212884 - así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, al punto de concretarse en los términos que se han dejando expuestos en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en las demandantes sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento. Siendo especialmente resaltable la desinformación, incluso tras una detenida lectura de las cláusulas de los contratos litigiosos, acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes (al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad -precio de cancelación- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada), de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis.”

La Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 4 de Abril de 2011, mantiene que “No debe olvidarse, también en esta materia, la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988 EDL1988/12634 ), así como el RD 629/1993, de 3 de mayo EDL1993/16198 , vigentes ambos textos cuando se firma el primer contrato, y la modificación del primer texto a través de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre EDL2007/212884 , ya en vigor cuando se firma el segundo, disposiciones que regulan con enorme rigurosidad el comportamiento de las entidades que presten servicios de inversión, que debía ser con diligencia y transparencia en defensa de sus clientes, cuidando de sus intereses como si fueren propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos; en el art. 16 del RD 629/1993, de 3 de mayo EDL1993/16198 , se establece la obligación de estas entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación un documento en el que se exprese con claridad los tipos de interés, comisiones o gastos aplicados y cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación y calcular el coste o producto

neto efectivo de la operación, debiendo informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, llegando a incorporar como Anexo un código general de conducta en el que se incluía la necesidad de solicitarles la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (en el art. 4. 1), y sin olvido de advertir de los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo; por fin, la reforma de la primera Ley señalada establecía las diferencias entre clientes profesionales y minoristas para distinguir en su artículo 78bis el comportamiento debido de dichas entidades de servicios de inversión frente a unos y a otros, y en el 79bis regula de forma exhaustiva los deberes de información dirigidos a los clientes no profesionales, incluidos los potenciales, siendo evidente que en el caso que se examina la sociedad limitada constituida por los dos firmantes de los contratos merecen tal calificación. Evidentemente, en ninguno de las dos operaciones actuó la entidad bancaria con el mínimo cumplimiento de tales obligaciones ni la menos rígida de 1988 y 1993, aplicables a la primera, ni por supuesto la más rigurosa de 2007, aplicable a la segunda. Y en esta dirección, no puede considerarse que con la introducción en las condiciones generales de un "aviso importante sobre el riesgo de la operación" que figura en ambos contratos pueda exonerarse a la entidad bancaria de cualquier responsabilidad, pues en esa mera advertencia, puesta por la única parte que redacta el contrato, no se está dando cumplimiento a la debida y completa información a que se refieren las disposiciones normativas a que se acaba de hacer referencia."

**Tercero.-** Recordemos que el citado Real Decreto 629/93, que se encontraba vigente en el momento de la suscripción del contrato, establecía en su anexo, como código de buena conducta bancaria la obligación de suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos y que dicha información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, y haciendo

hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Así mismo que "Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. "

Se debe determinar si en el presente supuesto se ha obrado así por la demandada. En primer lugar no cabe duda de que el contrato, al que se denomina confirmación, es extremadamente difícil de entender, en contra de lo que se pretende por los peritos de la parte demandada. Como ejemplo se puede ver la redacción de lo que pretende ser la explicación de la operación concertada y en la que se dice que " Los flujos de la presente Operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés más la venta de un Cap con knock-in por parte del cliente, Cap que se activa en el caso de que el tipo Variable de referencia supere el Tipo Barrera Knock-In. El importe de la prima de la opción Cap vendida por el cliente se aplica a reducir el tipo fijo de la operación".

El resto del contrato no contiene ni explicación de la operación que se hace ni de los efectos que la misma puede tener en el patrimonio del cliente. Cuando en la cláusula final se dice que por el cliente se conocen y aceptan los riesgos, lo cierto es que los mismos ni se han expuesto en el contrato ni pueden ser conocidos porque nadie los ha explicado.

Se pretende por la parte demandada que la explicación del contenido del contrato y de sus posibles efectos lo lleva a cabo por una especialista en Tesorería, que se llamaría [redacted] y que se niega por la representación de la parte actora y por su testigo que concurriera a ninguna de las entrevistas. La Citada Sra. no ha sido traída por la parte que tenía la obligación de demostrar que se había explicado este contrato a los clientes. Pero los que sí han comparecido has sido los Sres. [redacted] y [redacted] que eran el Director y Subdirector de la sucursal en donde se contrata. El primero de ellos mantiene que el contrato se propuso por el Banco al cliente ( luego es falsa la manifestación que se hace al final del mismo al decir que "Cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación y que actúa sobre la

base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos") Por otro lado, el citado director dice que conoce vagamente el contenido del contrato, pero que lo explica la técnico porque se trata de un contrato técnico. En esto mismo se ratifica el Subdirector, que también firma el contrato y que por sus declaraciones se llega a la conclusión que no entiende tampoco el contrato. No se puede olvidar a este respecto que hablamos de personas dedicadas a la operativa bancaria y que a pesar de ello no son capaces de decir algo más concreto que el que se dijo a los contratantes que podía haber liquidaciones positivas o negativas.

Es de todo ello evidente que no se les dio a los contratantes la información adecuada, y ello supuso que su conocimiento en el momento de la firma del contrato era escaso y erróneo, pues hay que entender que se les ofrece como una forma de evitar que les subieran los intereses de los créditos que tenían concertados con el banco, pues de otra manera no es posible entender que se pudiera contratar por la empresa una especie de apuesta, o contrato aleatorio, sobre la subida o bajada de los tipos de interés. Sobre todo, como remarca el perito de la parte actora, teniendo en cuenta que el banco tenía mucha más información que ellos, por lo que difícilmente perdería en un pacto semejante.

**Cuarto.-** Vamos a analizar someramente las alegaciones que se hacen en la amplísima contestación de la parte demandada, sin que podamos detenernos en cada una de ellas debido a la extensión que alcanzan y a la complejidad del tema.

Se alega en primer lugar que la actora tiene una amplia experiencia comercial, para ello no solo pone de relieve la actividad empresarial de uno de los socios, sino que mantiene que la empresa tiene hasta un director financiero. Pues bien, por un lado ya se ha puesto de relieve por la jurisprudencia que experiencia comercial y financiera no son equivalentes, dada la especialidad de la segunda. Por otro lado se ha explicado en el presente caso que el que se presenta como tal director financiero es el que lleva la contabilidad de la entidad, pero ni siquiera tiene un título universitario, ni mucho menos está preparado para comprender un contrato tan oscuro como el que se les presentó por el banco.

Se dice que no era aplicable en el momento de la suscripción la normativa MIFID, que se traspuso poco después. Y ello es realmente así, pero lo que hemos tenido en cuenta para la resolución de este caso es la reglamentación vigente en el año 2007, cuando se concierta el contrato, y por la cual ya se obligaba a las entidades bancarias a la información de la manera antes expuesta.

Se dice que no se ha probado que por la actora se contratara el producto porque se la ofreciera un contrato de seguro. Es evidente que no se trata de eso, pero en realidad es a la demandada a la que corresponde probar que ofreció una información completa y adecuada al producto, poniendo de relieve especialmente los riesgos del mismo. No se ha hecho esta prueba. Por la parte actora se niega que se les entregara documentación complementaria y mucho menos la que aparece al número 13 de los documentos de la parte demandada. De cualquier manera si se analiza lo que se recoge en este documento como riesgos, página 7, no se dice en el mismo con claridad que se pudiera producir una pérdida de dinero tan importante como la que ha tenido lugar, sino que se habla de que no se beneficia de la bajadas, y que pierde su protección a tipo fijo, quedando expuesto al tipo de mercado. Se trata de circunloquios que ni informan ni ponen al futuro cliente ante la cruda realidad de tener que realizar desembolsos importantes cuando el tipo de interés está bajo y ello le tendría que beneficiar de no haber concluido un contrato de este tipo.

Es cierto que ha pasado bastante tiempo desde que se firma el contrato y se solicita la nulidad del mismo. Esto parece que es una constante en este tipo de contratos según se ha puesto de relieve por la jurisprudencia que dice que es normal que no se impugnen antes, pues al principio las variaciones son escasas y el cliente no puede apreciar la importancia de lo que ha firmado y los efectos del mismo. Es cuando se empiezan a producir unas liquidaciones importantes cuando se queja y acude a asesorarse a personas externas al banco. Así la Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 2 de Marzo de 2011 mantiene que "No es de recibo, frente a lo expuesto, el argumento de que los socios de la demandante eran personas habituadas a los negocios, que administraban también otras sociedades y tenían un marcado perfil empresarial, pues ello no les convierte en expertos financieros, sino que lo

único que habrá de presumirse de ellos es que eran conocedores de la realidad mercantil que constituía el objeto de sus respectivas empresas, que no es necesariamente equivalente al mercado financiero en que se desarrollaban tales operaciones, empresas circunscritas a la sociedad actora y a dos del sector de enseñanza (Esne Campus de Asturias S.L. y Escuela Internacional de Negocios de Asturias, S.L.) sin otro dato sobre actuaciones en el sector financiero o de inversiones. Ni por último, el que la demandante sólo cuestionara la eficacia del contrato tras practicarse varias liquidaciones, una positiva y varias negativas, supone la convalidación del contrato por su conducta anterior. Como ya se puso de manifiesto en las sentencias citadas de 23 de julio y 12 de noviembre de 2010, ese comportamiento es lógico pues es sólo entonces cuando puede alcanzar a percibir su error ; mas aún si se tiene en cuenta que también es sólo en ese momento cuando conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de tales productos, de la que era desconocedor al no haber sido informado al respecto con un mínimo de precisión. La alusión, en fin, a que el error en su caso, recaería sobre elementos accesorios del contrato tampoco puede compartirse pues incidía directamente sobre el resultado económico que podía esperarse de el y sobre la posibilidad de apartarse del mismo según evolucionasen las circunstancias del mercado, lo que constituye uno de los aspectos principales de lo convenido en un contrato de apreciable duración.”

En este caso además se une la existencia de una fase concursal en la que la parte actora no dispuso de toda la documentación necesaria para poder comprobar lo que se le estaba girando y los motivos de ello.

Se alega también que se suscribieron con posterioridad nuevos contratos de permuta financiera. Lo cierto es que se desconoce si en ellos pudiera concurrir o no la misma causa de nulidad que en este, y en todo caso tampoco sabemos si se llevan a cabo antes de que la parte actora pudiera ser consciente de los daños que se estaban produciendo en su patrimonio por la anterior.

Lo que sí resulta peculiar a la vista de la extensa contestación que se lleva a cabo por la parte demandada es que no se refiera a la solicitud que se le hace por la parte demandante por medio de burofax en el mes de marzo de 2010 de que se le informara sobre el coste de cancelación de

este contrato y de otro similar. Pues bien, como antes se ha indicado es obligación del banco el poner en conocimiento de su cliente a la mayor brevedad cualquier extremo relativo a las operaciones contratadas con ellos. El continuar con el contrato le suponía a la parte actora un gravamen importante, y al estar prevista la posible cancelación se debía poner en su conocimiento el coste de la misma, o los motivos para no hacerlo. A pesar de que la pericial de la parte demandada parece mantener que resultaba muy sencilla la valoración del Swap a fecha de 25 de marzo de 2010, lo cierto es que por las operaciones que realiza y por los parámetros que para ello emplea se puede llegar a la conclusión de que es más cierta la aseveración del perito de la parte actora en el sentido de que ni la empresa ni sus asesores tienen posibilidad de evaluar, ni siquiera de forma aproximada, el coste de la cancelación anticipada. Pero es más, hasta la presentación del citado informe pericial, que la valora en 26.590 euros (cuando faltaban pocos meses para la terminación del período para el que se contrató), tampoco el banco parece que podía indicar el citado valor, pues en todo caso no lo hizo cuando así se le requirió por la parte actora.

Esta falta de comunicación de la forma de cancelación se ha contemplado también en alguna ocasión por la jurisprudencia como una falta de la información obligada por la legislación referida. Así la Audiencia Provincial de Alava en su sentencia de 18 de Enero de 2011 mantiene que "También existe discrepancia sobre si se aseguró o no que la eventual resolución no supondría coste para las empresas clientes del banco. El banco lo niega, extremo que no se considera acreditado con la sentencia. Efectivamente los términos del contrato aportado evidencian que supondría algún coste. Al margen de la valoración jurídica que merezca, respecto a su claridad, la cláusula segunda de los contratos, basta examinarla para constatar que además de ser precisos conocimientos jurídicos de algún nivel, no incluye una referencia exacta del coste que supondría tal resolución. Ni siquiera un avezado profesional sería capaz, con la mencionada cláusula, de determinar el coste de la resolución porque se remite a índices que, con su simple lectura, impiden conocer su cuantía. Este dato, unido a la creíble versión de la parte demandante, permite concluir, pese a la negativa del comercial del banco, que efectivamente no

se informó, o al menos no se hizo de forma inteligible y concreta, del elevado coste que supone la resolución anticipada por parte del cliente.”

Se pretende por la parte demandada, al amparo de su pericial, que en realidad el banco no gana con este tipo de contratos el dinero que pierde el cliente, pues tiene que contratar a su vez un contrato inverso para cubrirse de las posibles pérdidas, y solo percibe por tanto la comisión de intermediación por colocar el producto en el mercado. Es evidente que, si esto fuera cierto, lo que sí resulta claro es que al banco le interesa colocar cuantos más contratos de este tipo mejor para cobrar dicha comisión, aunque no conozca con claridad, al menos buena parte de sus empleados, en qué consisten y los riesgos que tienen.

**Quinto.-** De lo anteriormente recogido podemos llegar a la conclusión de que efectivamente en el presente supuesto se dio a la parte demandante una información tan incompleta que su conocimiento del contrato era totalmente diferente a la realidad de su funcionamiento, y en vez de procurarle una forma de evitar la subida de los tipos de interés, le supuso una importante pérdida patrimonial, pudiéndose presumir que de haber conocido como funcionaba no lo hubiera suscrito.

En lo referente a que este error afecta a la sustancia del contrato es también palpable, pues no se podía colegir por los documentos aportados y por lo que se le pudo explicar por los que no lo comprendían, cuáles eran las características del mismo y cuando y como nacían las obligaciones de cada parte.

En lo referente a la excusabilidad del error es evidente que concurre, pues, como se ha puesto de relieve la complejidad de la materia unido a que no se cumple por la entidad que se lo vende la obligación legal de información, suponen que no podía conocer el contenido real del mismo hasta que se ha producido el perjuicio patrimonial.

Todo ello hace que aplicando el artículo 1266 en relación con el 1265 se pueda declarar nulo el contrato al estar viciado el consentimiento que se prestó.

Ello supone que se deben devolver recíprocamente las prestaciones que ha recibido ambas partes de manera que, salvo error u omisión, la parte actora debería percibir la suma de 60.063,97 euros, que coincide con

la que aparece en el informe pericial de la parte demandada al folio 20, y que ese el resultado de descontar de las cantidades abonadas por ella las percibidas. Lo que no procede es que se devuelvan frutos o intereses, ya que no se trataba en este caso de una reclamación por cantidad líquida y por ello la parte demandada desconocía la existencia de la deuda y no pudo incurrir en mora.

**Sexto.-** Al producirse una estimación total de las pretensiones de la parte actora se deben imponer las costas a la parte demandada, conforme a lo dispuesto en el artículo 394.2 de la LEC

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que me confiere la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

### FALLO

Estimando totalmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Bolado en representación de la mercantil [redacted] S.A. contra la entidad Banco Santander Central Hispano, declaro:

- A) Se declara nulo y sin valor ni efecto alguno el contrato de operaciones financieras suscrito el 14 de Noviembre de 2007 y su confirmación fechada el 8 de noviembre de 2007 entre [redacted] S.A. y el Banco de Santander Central Hispano S.A., por haber existido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento por parte de la actora, consistente en error excusable.
- B) Se declaren igualmente nulos los gastos y abonos producidos en la cuenta corriente asociada al contrato y que han quedado acreditados por la prueba practicada, debiéndose proceder a la devolución de las mutuas contraprestaciones, conforme al fundamento quinto de esta resolución.

Se imponen las costas de esta instancia a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, ante este Tribunal, por escrito y dentro del plazo de CINCO DÍAS contados desde el siguiente a su notificación.



La admisión de dicho recurso precisará que, al prepararse el mismo, se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANESTO nº 3860 0000 02 1647/10 con indicación de "recurso de apelación", mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El/La Magistrado-Juez

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo./a Sr/a. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.