

13/11

VBO + Avo

ILTRE. COLEGIO DE PROC
DE LOS TRIBUNALES DE

- 5 JUL 2011

BIZKAIKO AUZITEGIETA
PROKURADOREEN ELKARGO C

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 11 /
LEHEN AUZIALDIKO 11 ZK.KO EPAITEGIA
BILBAO (BIZKAIA)**

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

TEL: 94-4016683
FAX: 94-4016981

N.I.G. /IZO: 48.04.2-11/002023

Pro.ordinario L2-Prozedura arrunta. 2000ko pzl 102/11-

Sobre/Gaia: JUICIO ORDINARIO

Demandante/Demandatzailea: [REDACTED]
Procurador/Prokuradorea: PEDRO MARIA SANTIN DIEZ

Demandado/Demandatua: BANCO SANTANDER S.A.
Procurador/Prokuradorea: OSCAR HERNANDEZ
CASADO

SENTENCIA 167/11

En Bilbao, a 23 de junio de 2011.

Vistos por mí, Mª Cruz Aparicio Redondo, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de los de esta localidad y su Partido, los autos de JUICIO ORDINARIO seguidos ante este Juzgado bajo nº 102 de 2011, a instancia de [REDACTED] SL, representada por el Procurador Sr. Pedro Santin, y defendida por el letrado Sr. J.L. Sabala, contra BANCO SANTANDER, SA, representada por el Procurador Sr. Oscar Hernández, y asistida por el Letrado Sr. Javier Gilsanz y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Santin, obrando en la indicada representación y, mediante escrito que en turno de reparto correspondió a este Juzgado, se formuló demanda de JUICIO ORDINARIO contra la demandada referida en el encabezamiento, en la que, tras exponer los hechos y Fundamentos legales que estimaba de aplicación, terminaba solicitando que se dictase Sentencia conforme al suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada, en cuya representación compareció el procurador Sr. Hernández, quien presentó el correspondiente escrito de contestación, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando se dictara Sentencia desestimando la pretensión de la parte actora, con imposición de costas a la misma.

TERCERO.- Una vez contestada la demanda se señaló día y hora para la celebración de la Audiencia previa, que tuvo lugar en la fecha prevista y a la que acudieron las partes litigantes con sus abogados y procuradores, alegando cuanto estimaron conducente a su derecho. Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se admitieron las que resultaron pertinentes, señalándose a continuación fecha para la celebración del Juicio, en el que se practicaron las mismas con el resultado que es de ver en autos.

Finalizado el periodo probatorio quedaron los autos conclusos para dictar Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento de la litis.*

La parte actora ejercita acción de anulabilidad por error del consentimiento del contrato de permuta financiera suscrito el 23 de abril de 2008, aportado como doc. 10 de la demanda.

La parte demandada se opone a la reclamación efectuada de contrario, al entender que no concurre error de consentimiento alguno en la contratación de los citados productos.

SEGUNDO.- *Error en el consentimiento.*

Es un hecho no controvertido que, con ocasión de la firma del contrato de préstamo de 16 de marzo de 2007 (doc. 2 de la demanda), y como consecuencia de que se había pactado para el mismo un interés variable, las parte suscribieron en la misma fecha un contrato marco de operaciones financieras (doc. 7 demanda), así como una confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap bonificado reversible media) (doc. 6 de la demanda).

Posteriormente, el 23 de abril de 2008 se firmó otra confirmación (doc. 10 demanda), mediante la que se procedía a cancelar la operación anterior (16 de marzo de 2007), contratándose simultáneamente el producto cuya anulación se pretende en la presente litis.

Conforme dispone el contrato mediante el que se suscribe la segunda de las confirmaciones, "... desde la Fecha de Cancelación Anticipada la/s Operación/es Cancelada/s se entenderá/n terminada/s en su totalidad y todos los derechos y obligaciones de las partes derivados de la/s mencionada/s Operación/es Cancelada/s se considerarán extinguidos".

Esta es la razón por la que la actora sólo interesa la anulación de la operación suscrita en 2008, y no la de la contratada en 2007, habiendo sido esta última reestructurada mediante el segundo contrato.

Es cierto, como advierte la demandada, que la operación de 2007, conforme a los docs. 8-9 de la demanda,

supuso para la demandante unas liquidaciones positivas por importe de 47.731,13 euros, también implicó una liquidación negativa de 43.772,17 euros, lo que supone un beneficio para la parte actora de 3.958,96 euros. No obstante lo anterior, la operación que ahora se pretende anular ya ha supuesto unas pérdidas de 28.033,30 euros, por lo que, se descontáramos los beneficios anteriores, los swaps contratados continuarían suponiendo unas pérdidas para el cliente de 24.074,34 euros.

Tampoco puede aplicarse la doctrina de los actos propios por no haberse interpuesto reclamación alguna durante la obtención de las liquidaciones positivas, y menos aún por no haberse interpuesto la demanda hasta el 21 de enero de 2011, desde la contratación del primer producto en marzo de 2007, y ello por lo que a continuación se expone.

En cuanto a la falta de reclamación alguna cuando se obtenían liquidaciones positivas, ya se advierte, entre otras, en la SAP Álava de 18 de enero de 2011, y en la SAP León de 22 de junio de 2010), que este era el comportamiento del producto a esperar por la actora, teniendo en cuenta las explicaciones que le habían sido transmitidas por el personal del Banco: la entidad financiera le ingresaría trimestralmente unas cantidades y posteriormente, con una periodicidad anual, se practicaría la correspondiente liquidación, debiendo el cliente devolver aproximadamente las sumas que le habían sido adelantadas por la demandada.

Por este motivo, el administrador de [REDACTED] no dice nada en relación con las liquidaciones de junio, septiembre y diciembre de 2007, pero sí ante la liquidación negativa practicada en marzo de 2008.

Por tanto, la reacción del [REDACTED] no se hace esperar cuando comprueba la primera anomalía relativa al producto que le fue vendido como una cobertura ante la subida de los tipos de interés.

Siendo esto así, se suscribe la operación cuya anulación se pretende, tras la que se obtienen de nuevo liquidaciones favorables al cliente hasta julio de 2009, y posteriormente en octubre, produciéndose de nuevo sendas liquidaciones negativas, que vuelven a provocar la reacción de la actora, por su ajustarse dicho comportamiento a aquel que le había sido transmitido al contratar.

Así, el 19 de octubre de 2009 la dirección letrada de la demandante dirige dos cartas al Área Corporativa de Operaciones del Banco de Santander, idéntica a la remitida a la Sucursal de Bilbao (docs. 11 y 12 de la demanda), mediante las que se requiere a la entidad bancaria diversa documentación, manifestando asimismo la intención de su cliente de dirigir una denuncia ante la Oficina del Defensor del Cliente y al Servicio de reclamaciones del Banco de España, como trámites previos a la reclamación judicial, interesando la nulidad del contrato y la restitución de las correspondientes cantidades, por falta de información que ha llevado a la actora a suscribir un producto financiero de alto riesgo en la creencia de que contrataba un seguro contra

el riesgo de subida de tipos. Dichas cartas no obtuvieron respuesta.

La denuncia ante el Servicio del Defensor del Cliente de la demandada se materializa el 4 de noviembre de 2009 (doc. 13 demanda).

La anterior carta fue contestada el 21 de junio de 2010 (doc. 15 demanda) por referencia a una resolución de 15 de diciembre de 2009 que se acompaña, y en la que no se entra a conocer del fondo del asunto ya que excede de la competencia de dicho organismo por la cuantía reclamada, así como por la ausencia de prueba fehaciente, remitiéndose a los Tribunales ordinarios.

Como consecuencia de los anterior siguen las negociaciones extrajudiciales entre las partes, recogidas en los docs. 16-18 de la demanda, refiriéndose el doc. 17 (de 9 de junio de 2009) a una reunión mantenida con la directora de la oficina (Srta. Noemí), así como con el responsable del departamento de riesgos (Sr. Javier), en la que se sugirió (así ha sido confirmado por la primera en el acto de la Vista) abonar el coste de cancelación mediante la concesión de un préstamo en condiciones ventajosas. Asimismo se hace referencia a la amenaza por parte de la entidad, en caso de no admitirse dicha solución, de "aplicar el máximo rigor a las posiciones de riesgo que en cualquier momento pudiera ostentar" la demandante.

Para terminar de rebatir la aplicación al caso de autos de la teoría de los propios actos, recordar las palabras del [REDACTED] en el acto del Juicio, en el que manifestó que tenía tal "rebote" con la demandada que no quería saber nada de ella, así que "quitó" el préstamo pidiendo otro crédito en una entidad distinta.

En cuanto a la comercialización del contrato, ya ha sido expuesto que se transmitió al administrador de la actora que se trataba de un producto de cobertura ante la tendencia alcista de los tipos de interés, lo que le resultaba interesante dado que se había pactado un interés variable en el crédito hipotecario. Es más, el [REDACTED] manifestó que la firma de este producto se le impuso como condición indispensable para la concesión del préstamo, lo que puede deducirse de los documentos relativos al análisis de riesgo aportados por la demandada en respuesta al requerimiento que le fue efectuado en la Audiencia Previa.

De este modo se evidencia que la iniciativa de contratar este producto parte de la demandada, no de la actora. Lo mismo ocurre con su reestructuración, lo que se comprueba con el propio doc. 10 de la demanda, en el que se hace constar que la contratación de la nueva operación es condición necesaria para la cancelación de la operación existente.

Es evidente que las entidades financieras han querido transmitir a los clientes de forma engañosa que estos contratos se enmarcan dentro de los productos de cobertura de riesgo de tipo de interés asociados con operaciones de

préstamos hipotecarios a los que se refiere el art. 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, cuando no cumplen dicha función. Así lo ha manifestado el propio Banco de España en su Informe del Segundo Trimestre 2007, del Servicio de Reclamaciones (pag. 49), al cual puede accederse por Internet. El problema es que las permutas financieras, tal y como se ha expuesto, no tienen tal interés, sino que tienen por finalidad la mera especulación.

Ante las reiteradas denuncias ante el Defensor del Pueblo, éste solicitó un informe al Banco de España, emitiéndose el mismo con las consideraciones tanto de dicho Organismo como de la CNMV, y que se resumen como sigue:

" Estos productos son complejos y están diseñados de manera que no cubren el riesgo de la subida de tipos de interés, ni de la tasa de inflación puesto que:

a) En caso de subida de los tipos de interés/tasa de inflación, es cierto que se compensa al cliente con una cantidad en función de esa subida, pero, al establecerse una serie de barreras y condicionantes, se limita esa compensación, que no es proporcional a dicha subida.

b) En el supuesto de bajada de tipos de interés/de la tasa de inflación, los clientes asumen íntegramente el riesgo, teniendo que pagar mucho más de lo que reciben en el supuesto de subida de los tipos. Por otro lado, lo que deben pagar los clientes por las permutas o productos derivados es mayor que lo que ahorran en sus préstamos o créditos por esa bajada de los intereses.

En definitiva, el riesgo que asumen los clientes es desproporcionado respecto a la protección que se les dispensa, no siendo un instrumento de garantía sino un producto especulativo que beneficia, en todo caso, a las entidades financieras".

La CNMV añade que dicha institución "ha catalogado estos productos como de Alto riesgo, es decir, para un perfil de cliente altamente especulativo y que está especialmente dirigido a empresas con necesidades de cobertura de divisas y tipos de interés por asuntos de exportaciones e importaciones, difícil de explicar y comprender para una persona que únicamente tiene contratado un préstamo hipotecario".

Esta condición de producto de alto riesgo es asumida por la demandada, tal y como se desprende del doc. 5 aportado con la contestación. Su dificultad de comprensión no sólo se deriva de la propia redacción del contrato o del propio documento 5 indicado, sino de las propias manifestaciones del personal del Banco en el acto del Juicio, al reconocer que, en caso de que el cliente hubiera expuesto alguna duda, se le habría puesto en contacto con el experto del Banco en estas cuestiones, lo que demuestra que ni siquiera los directores de la sucursal (lo que es confirmado con sus testimonios en la Vista) son capaces de explicar de forma clara y precisa en

qué consiste un swap como el contratado por la actora.

En cualquier caso, no se ha acreditado por la demandada que informara al cliente de la posibilidad de tener que afrontar importantes pérdidas como las ocurridas en caso de bajada de los tipos de interés, y menos aún del altísimo coste de cancelación anticipada de la operación.

Por lo que respecta a la información de los riesgos, no es suficiente la cláusula adicional contenida en la confirmación, según la cual *"las partes manifiestan conocer la 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 riesgo"*. Esta cláusula es considerada por los Tribunales como absolutamente insuficiente, por genérica, para que pueda entenderse que el cliente firmó convenientemente informado de las consecuencias negativas de la operación. Además, se destaca que la misma no se ajusta a la verdad, por cuanto ha quedado probado que los contratos se ofrecen por la entidad financiera a la actora, firmando su representante en la confianza derivada de 45 años de relación con el Banco.

Asimismo, la falta de información sobre la posibilidad de cancelar el contrato, y las consecuencias en cuanto al coste de dicho extremo es considerado por los Tribunales como un motivo de error que da lugar a la anulación del contrato por error sustancial. No se puede considerar información clara la advertencia puramente genérica de que la cancelación se determinaría a precios de mercado, pudiendo suponer un coste para el cliente. Esta cláusula es considerada como una *"advertencia engañosa pues no precave de pérdidas, sino sólo de costes o de la reducción del beneficio esperado"*.

Los contratos adolecen de una farragosa redacción, con utilización de términos cuyo significado es desconocido para personas ajenas a los mercados financieros o de inversión. En este sentido, la Sentencia de la SAP Álava, de 14 de abril de 2011, según la cual *"basta leer los contratos traídos a pleito para deducir que se trata de contratos complejos, de difícil comprensión, redactados por expertos que no han tenido en cuenta la parte a la que va dirigida, ni siquiera una persona con estudios universitarios podría entender algunas de las cláusulas que contiene a no ser que se trate de un especialista en economía o finanzas. Los expertos definen este tipo de contratos como propios de "ingeniería financiera", propios de grandes empresas, son contratos especulativos y de inversión con un tremendo riesgo, y precisamente por ello merece una especial atención y explicación"*.

En el mismo sentido la SAP Pontevedra, de 7 de abril de

2010, que se remite a las Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, de fechas 3, 23 y 24 de junio de 2009, sobre las que hace, entre otras, las siguientes consideraciones:

"1.- - constituye un producto financiero cuya valoración alcanza un cierto grado de complejidad.

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

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

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

5.- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes. En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituye una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido). Máxime y esta es una reflexión adicional de esta Sala- cuando las entidades

NB

K

bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del Euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión".

Añade la SAP Álava de 18 de enero de 2011 que "lo que la prueba permite alumbar es que el banco ofreció la contratación dando a entender que de este modo el cliente se cubría frente a la eventual subida de tipos de interés, tendencia de los tipos que, de forma sin duda imprecisa, iban a referenciar las obligaciones de una y otra parte. Esta forma de exponer el contenido del contrato quizá se explique por el escaso atractivo que para cualquiera supone realizar una apuesta en el que la parte implicada es una entidad con mayor conocimiento de las vicisitudes de los vaivenes de la economía, flujos financieros y propensión de los mercados y tipos. Si B. o cualquier otra entidad bancaria expusiera que el contrato en esencia se reduce a tal apuesta (paga el banco si los tipos de referencia suben por debajo de cierto nivel, paga el cliente si los tipos bajan), sería difícil conseguir la suscripción de esta clase de productos. Pero si lo que se ofrece, aderezado de múltiples explicaciones sobre la tendencia alcista de los mercados que luego nunca se confirmó- es una forma de evitar las costosas consecuencias de tal elevación de tipos, el producto se vuelve más atractivo, aunque la explicación no responda fielmente a la naturaleza del mismo".

Asimismo, la SAP Asturias de 27 de enero de 2010 señala que "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 CC) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, -, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y

suficiente "conocimiento de causa" -. es evidente que ostentando el banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables en uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo -el referencial - no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro que configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos -".

Como señala la Ss del J° 1° Inst. num. 5 de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de mayo de 2011, "da la impresión de que se hace un contrato a la medida de las necesidades de la entidad bancaria, un contrato inicialmente pensado para posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las nocivas consecuencias de las subidas de los tipos de interés, se convierte al fin en "un seguro" para el banco frente a la bajada de esos mismos tipos, con importantes pérdidas para el cliente, de cuya posibilidad, como ya se ha indicado, no fue informado".

Por lo que respecta a los conocimientos financieros del [REDACTED], el objeto social (doc. 1 demanda y 2 contestación) de la demandante es la promoción y ejecución, completa o por tramos de toda clase de obras de construcción, para sí o para terceros. Conviene destacar que la misma se constituyó en noviembre de 2006, siendo el contrato de préstamo su primera operación, en marzo de 2007, cuando también se suscriben el CMOF y la primera confirmación.

En cuanto a la participación del [REDACTED] en otras sociedades (doc. 3 contestación), del objeto social de las mismas no puede derivarse conocimiento financiero alguno al margen de la contratación habitual de productos tradicionales como líneas de descuento, préstamos ... Como señala la Sentencia del Juzgado num. 2 de lo Mercantil de Bilbao, de fecha 15 de marzo de 2010, "no se comparte la idea de que, por tratarse de una empresa, el empresario que la dirige debía haberse percibido de la trascendencia de lo que firmaba. Cualquier persona normal puede dirigir una empresa modesta -, y tener conocimientos del sector profesional al que se dirige - y enconcontrarse, a su vez, en una situación similar a cualquier otro ciudadano frente al ámbito bancario. Es decir, perfectamente puede tener un desconocimiento pleno del asunto, relacionándose con el banco correspondiente, para obtener capacidad financiera para su empresa, a través del bancario correspondiente, con el cual a lo largo del tiempo se va desarrollando una relación de confianza. En consecuencia, se considera que su error fue inexcusable, puesto que no tenía conocimientos en la materia (sin perjuicio de que tal situación o ausencia de formación tuvo que ser conocida por ese profesional bancario que había

mantenido hasta entonces con él una relación de confianza)
—".

Dicho lo anterior, hay que tener en cuenta el art. 1.266 CC, según el cual, para que el error en el consentimiento invalide el contrato es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración. Asimismo, y aunque el Código no lo recoja expresamente, el error deber ser excusable, lo que se deduce de los principios de auto responsabilidad y buena fe. El error es inexcusable "cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren 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 infundada en la declaración".

En el caso de autos, el error es jurídicamente relevante, al reputarse como esencial y excusable. Es esencial porque afecta a una característica básica del contrato, como es el alto riesgo del mismo. De este modo, tal y como señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil num. 1 de las Palmas, de 9 de mayo de 2011, nos encontramos ante "un error por falsa suposición de cualidades - o en las condiciones que principalmente dieron motivo a celebrar el contrato". Pero además, el error también recae sobre la posibilidad, dificultad y coste que supone la cancelación del mismo.

De lo anterior se concluye que la actora, si no fuera por error, no habría concluido el contrato, o sólo lo habría hecho en términos fundamentalmente diferentes, y la contraparte sabía o podía razonablemente esperar lo anteriormente expuesto.

El error es imputable al Banco, por el incumplimiento de su deber de información, omitiendo al actor características esenciales del contrato que podían perjudicarlo seriamente. En este sentido, los Tribunales determinan que la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información recae sobre la entidad bancaria, no sólo porque para el demandante se trata de un hecho negativo, sino por la facilidad probatoria del Santander para poder acreditar dicho extremo, de haber dado cumplimiento al mismo.

Señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Las Palmas, de 9 de mayo de 2011 que "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".

Finalmente se trata de un error inexcusable, ya que el [REDACTED] contrató basándose en la relación de confianza profesional en la entidad financiera, que le ocultó los aspectos negativos de la operación, transmitiéndole que su contratación era beneficiosa para él y le protegía de subidas del tipo de interés que afectaba al importante préstamo que le había sido concedido.

Por lo que respecta a los efectos civiles de la anulación, el art. 1.303 CC establece que "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses", lo que, en el caso de autos, y en el momento de interposición de la demanda, supone que la demandada debía restituir a la actora la suma de 28.033,30 euros, sin perjuicio de ulteriores liquidaciones que se hubieran practicado como consecuencia de este contrato.

CUARTO.- Intereses.

La cantidad objeto de condena devengará intereses procesales desde la fecha de esta Sentencia (art. 576 LEC).

QUINTO.- Costas

En cuanto a las costas, será de aplicación el art. 394 de la LEC por lo que, procediendo la estimación de la demanda, se imponen las mismos a la parte demandada.

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

FALLO

Se estima la demanda presentada por la representación de [REDACTED] SL, contra BANCO SANTANDER, SA y, en consecuencia, se declara nulos el contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés (swap flotante bonificado), de fecha 23 de abril de 2008, aportado como doc. 10 de la demanda, con las consecuencias restitutorias del art. 1.303 CC, lo que, en el caso de autos, y en el momento de interposición de la demanda, supone que la demandada debía restituir a la actora la suma de 28.033,30 euros, sin perjuicio de ulteriores liquidaciones que se hubieran practicado como consecuencia de este contrato. Todo ello con intereses procesales desde la fecha de esta Sentencia.

Se condena al pago de las costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes en legal forma.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de VIZCAYA (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 0030 3418 000000000000 y en observaciones 4725 0000 00 0102 11 consignación que deberá ser acreditada al **preparar** el recurso (DA 15ª 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 mi Sentencia, de la que se libraré testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.