

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 11 /
LEHEN AUZIALDIKO 11 ZK.KO EPAITEGIA
BILBAO (BIZKAIA)
BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PR

TEL.: 94-4016683
FAX: 94-4016981

NIG / IZO: 48.04.2-10/036049

Pro.ordinario L2-Prozedura arrunta. 2000ko pzl 1674/10-E

Sobre/Gaia: ORDINARIO

Demandante/Demandatzailea:

S.L
Procurador/Prokuradorea: PAULA
BASTERRECHE ARCOCHA

Demandado/Demandatua: BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO
S.A.

Procurador/Prokuradorea: ALVARO GONZALEZ CARRANCEJA

SENTENCIA N°196/11

En Bilbao, a catorce de septiembre de dos mil once.

Vistos por mí, JOSE TOMAS RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia n° 11 de los de esta localidad y su Partido, los autos de JUICIO ORDINARIO seguidos ante este Juzgado bajo n° 1674/10, a instancia de SL, representada por la Procuradora Sra. Paula Basterreche, y defendida por el letrado Sr. Javier Molins, contra BANCO SANTANDER, SA, representada por el Procurador Sr. Alvaro Gonzalez Carranceja, y asistida por el Letrado Sr. Joseba Quintela y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Basterreche, 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.

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

21 SEP 2011

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREN ELKARGO OSPETSUA

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada, en cuya representación compareció el procurador Sr. González Carranceja, 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.

CUARTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado toadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- A la propuesta del letrado de la parte actora que manifestó la inadmisibilidad del informe pericial aportado por en BANCO SANTANDER, de fecha 23 de mayo de 2011, este Juzgador debe darle la razón. Dicho informe pericial firmado por Javier López Andrade y Fernando Herrero Aldea, que se presento al amparo del artículo 337.1 LEC, en efecto excede la finalidad que el propio artículo ofrece, que no es otra de la de emitir una pericial contradictoria a la pericial aportada por la parte actora después de la presentación de la demanda; la pericial del BANCO SANTANDER, aprovecha la aceptación y emisión del informe de la actora, para proponer la emisión de un dictamen que contesta a preguntas que ninguna relación tienen con la pericial de la actora, por lo que carece de la característica que se exige de servir de contradicción a dicho informe.

En consecuencia se debe tener como no aportada como prueba el dictamen pericial de fecha 23 de mayo de 2011, y por consiguiente, por no hechas las aclaraciones solicitadas y contestaciones a las preguntas formuladas por los letrados a uno de los Peritos que emitieron el dictamen el día de la vista. Lo que implica que solo se considerara el material probatorio restante.

PRIMERO.- En el presente procedimiento la parte actora ejercita:

A) Acción de anulabilidad para que se declare la nulidad por error del consentimiento de los siguientes contratos: CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS (CMOF), fechado el 27 de julio de 2007 y firmado el día 30 del mismo mes y año y del CONTRATO DE CONFIRMACIÓN DE OPCIONES DE TIPO DE INTERES COLLAR, que se firmo aproximadamente con fecha 30 de mayo de 2008.

B) Acción de reclamación de cantidad para que se condene a la demandada a abonar a la actora, las cantidades pagadas por esta en razón de los contratos cuya declaración de nulidad se pide y sus intereses legales, que a la fecha de la presente demanda asciende a la suma de 220.767,38 euros.

C) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

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.

La cuestión sustancial que se plantea en este procedimiento es, ciertamente, si el consentimiento prestado por la parte actora, en los dos contratos sucesivos de permuta financiera, que es el objeto de la demanda, fue o no prestado por error invalidante y excusable.

El motivo esencial de la demanda que podría dar lugar a la pretendida nulidad de los contratos, viene dado por el demandante respecto a la defectuosa información facilitada; la parte actora, alega, básicamente que la entidad demandada BANCO SANTANDER, no le proporciono una correcta información, estando en la creencia que los contratos le iban a proteger de eventuales subidas de interés que le pudieran perjudicar por haber suscrito el préstamo hipotecario, algo que resulto no ser así, cuando en realidad los contratos cuya nulidad ahora se alega funcionaban de forma independiente a dicho préstamo y si bien al principio la ejecución del contrato le fue favorable, pronto cambio y empezó a sufrir pérdidas económicas.

La situación fáctica de la que ha de partirse es la siguiente:

1.- Que las partes firmaron un préstamo con garantía hipotecaria con un principal de 4.500.000 euros en fecha 30 de julio de 2007 y el plazo de amortización quedo fijado en

15 años (documento nº 6 de la demanda) pactándose una primera fase de interés ordinario fijo y una segunda de interés variable referenciado al Euribor más un diferencial del 0,85%.

2.- El CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS (CMOF) se suscribió por las partes en fecha 30 de julio de 2007, los representantes del BANCO SANTANDER que intervinieron en la firma de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria anteriormente mencionada, pusieron a la firma de los apoderados del actor (D. _____ y Doña _____), el último folio del contrato, sin revisión ni lectura previa del mismo (Documento nº 7 de la demanda) con inicio de cobertura de 30 de julio de 2007 y el vencimiento el 30 de julio de 2010.

En razón de esta permuta financiera, el pago por BANCO SANTANDER, debía efectuarse trimestralmente, mientras que los pagos por la parte actora, debían realizarse anualmente.

3.- En el mes de mayo de 2008, D. Javier Domínguez Losa del Departamento de Tesorería País Vasco del BANCO SANTANDER, se puso en contacto con el Sr. Ortega, de _____, manifestándole que sería muy conveniente cambiar de derivado pues existía desde el mes de marzo una tendencia al alza del Euribor a tres meses (Copia del mail enviado que se aporta como documento nº 9 de la demanda). En dicha propuesta no se hace ninguna referencia a la modificación de la fecha del vencimiento del primer derivado contratado, que inicialmente estaba fijada en el día 30 de julio de 2010.

4.- Con fecha, supuestamente de 30 de mayo de 2008, en la Oficina del Banco Santander, se firmó el documento denominado CONFIRMACIÓN DE OPCIONES DE TIPO DE INTERÉS COLLAR. Dicho documento está dividido en dos partes: 1º) La cancelación anticipada del CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS y Confirmación de la nueva Permuta Financiera de Tipos de Interés y 2º) Un Anexo denominado "Funcionamiento producto COLLAR"

La firma del citado documento, se llevó a efecto en el último folio del contrato, sin revisión ni lectura previa del mismo (Documento nº 10 de la demanda)

SEGUNDO .- En una primera aproximación al contrato de "SWAP", y siguiendo la mejor doctrina, puede definirse como una transacción financiera en virtud de la cual diversos organismos o empresas acuerdan intercambiarse flujos de pagos en el tiempo con la mutua suposición de verse ambos favorecidos en el trueque o una transacción financiera en la cual dos partes contractuales acuerdan intercambiar extremos de pagos (cargas financieras) o cobros (activos) en el

tiempo. Por último, en el Dictionary of Banking Terms americano, TP Fitch define el SWAP como un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable (SWAP de tipos de interés) o una divisa por otra (SWAP de divisas) o para intercambiar pagos de intereses calculados a tipo fijo en una divisa por pagos de intereses calculados a tipo variable en otra divisa (SWAP mixto).

El SWAP (de tipos de interés), trata de un contrato suscrito entre dos partes, usualmente un Banco y una empresa, aunque también pueden ser dos empresas, que acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia (Principal National Amount) los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos sobre dicho nominal, a un plazo determinado. Tales coeficientes se denominan como es usual en el mercado financiero, tipos de interés, aunque no son tales, puesto que no existe préstamo del capital acordado que queda únicamente como quantum de referencia. La finalidad del contrato es posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las pérdidas que puedan padecer debido a las modernas y frecuentes fluctuaciones de los tipos de interés, de modo que siendo una empresa prestataria, por ejemplo, a tipo fijo y esperando una próxima caída generalizada de los tipos de interés pueda contratar con una Entidad financiera un límite o quantum de idéntico importe a interés variable, por plazo conveniente, pactando que ésta última le pagará los diferenciales en caso de caer efectivamente los tipos; o bien por el contrato, obtener un tipo fijo, cuando se tiene suscrito un tipo variable presumiblemente desfavorable. El nominal de referencia ha de pactarse en una única moneda sin que exista transmisión alguna del mismo, sino sólo el intercambio de unos pagos parciales hasta una fecha determinada para la conclusión del contrato. Desde luego, puede pactarse una única liquidación final, que en cualquier caso se habrá de practicar compensando los créditos y deudas mutuos, como también ocurrirá en el supuesto de vencimiento anticipado, que podrá tener lugar por las causas habitualmente acordadas, como son el impago de alguna cantidad parcial, la declaración de concurso u otra similar.

Considerando las características de este contrato que viene a satisfacer ventajosamente, en un principio, las necesidades financieras de las empresas en un fluctuante mercado de capitales, nada impide que al amparo de lo dispuesto en los arts. 1.255 del Código Civil y 50 y siguientes del Código de Comercio, sea admitido en nuestro ordenamiento, siempre que su clausulado respete los principios y normas generales de contratación. La doctrina española lo ha denominado contrato de permuta financiera puesto que participa aparentemente de las condiciones de una permuta. Sin embargo, según el art. 1.538 del Código Civil

resulta esencial al contrato de permuta el intercambio de cosas, y en el contrato de SWAP se intercambian valores, es decir, obligaciones de pago dinerarias, lo que desnaturaliza la permuta.

Como características del contrato, las siguientes:

A) Es un contrato único. No son varios contratos ligados entre sí, sino un solo contrato que genera diversas relaciones obligatorias.

B) Es un contrato atípico, no regulado como tal en nuestro Derecho.

C) Es un contrato consensual, que se perfecciona por mero acuerdo de voluntades, no precisando forma escrita.

D) Es un contrato bilateral, generador de recíprocas obligaciones a cargo de las dos partes.

E) Es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca o más bien una interdependencia entre las prestaciones de las dos partes, de modo que cada prestación actúa como contravoz de la otra, resultando de aplicación la "exceptio non adimpleti contractus".

F) Es un contrato de duración continuada que no se agota en la realización de una sola prestación, sino que abarca sucesivas prestaciones que se van materializando de las obligaciones legales suscritas. Es decir se permutan los medios de pago y no los pagos en sí.

La finalidad esencial de la permuta financiera no es la especulación sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones de los mercados financieros.

Como consecuencia de la suscripción de un contrato Swap de tipos de interés, las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos recíprocamente pactados al nominal de referencia, durante los períodos que se acuerden, hasta el vencimiento del contrato.

Se trata únicamente de una cifra de referencia que sirve como base de cálculo de las cantidades que cada parte se abonará recíprocamente por aplicación de unos tipos igualmente pactados y cuya percepción servirá para compensar, en su caso, una operación de crédito suscrita con un tercero en condiciones normalmente más desventajosas. No obstante puede pactarse un solo pago inicial para una de las partes

mientras resultan periódicos para la otra, o simplemente efectuarse pagos recíprocos por compensación, que incluso pueden ser liquidados al vencimiento normal o anticipado del contrato.

El contrato finaliza normalmente bien por cumplimiento a la fecha de su vencimiento o bien por su cancelación voluntaria. Anormalmente finalizará por vencimiento anticipado en virtud de alguna de las causas de incumplimiento que usualmente se pactan y cuyo fundamento estriba en la "exceptio non adimpleti contractus" y en la posibilidad de solicitar la resolución del mismo al amparo del art. 1.124 del Código Civil .

De la prueba practicada ha quedado acreditado, que efectivamente, los contratos que en su día suscribió el demandante con la entidad demandada, no es más que un swap o permuta financiera, que en su modalidad de tipos de interés, y que es definido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo Sec.1ª, de fecha 4 de abril de 2011, nº de recurso 27/2011 como " 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 de nominados 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 y más concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor."

TERCERO.- Sentada la naturaleza de los dos contratos suscritos lo primero a dilucidar es la información que le era exigible a la entidad demandada.

Dada la fecha de suscripción del primer SWAP, CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS julio de 2007- la normativa aplicable en lo referente a l la normativa aplicable en lo referente a la información que debía suministrarse al cliente era la exigida por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios. No es aplicable al caso la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 , relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaban las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo .

A este respecto el referido Decreto establecía como anexo un código de conducta en el que se exigía, entre otras obligaciones:

"Artículo 4 . Información sobre la clientela.

1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.

2. La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.

3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes.

Artículo 5 . Información a los clientes.

Las Entidades ofrecerán y suministrarán 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.

2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación 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. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. 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. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte

posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

a. Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.

b. Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.

c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.

d. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía".

- En cuanto al 2º SWAP "CONFIRMACIÓN DE OPCIONES DE TIPO DE INTERES COLLAR", dada la fecha supuesta en que se firmo en la Oficina del Banco Santander el documento, ya no es aplicable el citado Decreto ya que fue derogado por la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores y que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros. La citada norma introduce 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, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

CUARTO.- Sentada la normativa aplicable, a juicio de la parte actora estas obligaciones fueron infringidas, pues, no se informó de que se trataba de un swap, un contrato de una permuta de tipos de interés, sino que se hizo creer al demandante que se hallaba ante un seguro para cubrirse ante los tipos de interés.

La cuestión sustancial que se plantea en este procedimiento es, ciertamente, si el consentimiento prestado por la parte actora, en los dos contratos sucesivos de permuta financiera, que es el objeto de la demanda, fue o no prestado por error invalidante y excusable.

En el caso presente no consta que la demandada facilitara una información exhaustiva de los dos contratos y de la desvinculación del contrato de préstamo hipotecario, no sabemos si la misma fue defectuosa o no, pero lo que si podemos afirmar es que la demandada no ha acreditado cual fue la información facilitada sobre el producto ofrecido y finalmente contratado, y en consecuencia debemos concluir que si no se facilitó al demandante la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato y no pudiendo presumirse que el demandante tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable. No llenaba el producto ofrecido por la entidad demandada, las aspiraciones que se suponen ciertas, por la proximidad de fechas, y por no haber sido desvirtuados con prueba de contrario, de conseguir una mayor estabilidad de la deuda, protegiéndose de las fluctuaciones de los intereses existentes en el contrato de préstamo hipotecario.

Es obvio, que a la entidad demandada no le es exigible que vele por los intereses del cliente anteponiéndolos al suyo propio, pero como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sec. 1, de fecha 27 de enero de 2010, n° de recurso 508/2009: "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 la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V. "

En el caso presente, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final de los anexos del CONTRATO MARCO (1° SWAP contratado) y del CONTRATO DE TIPOS DE INTERES COLLAR (2° SWAP contratado) y

la de los expositivos de los contratos y estas no solo son ambiguas, sino también que en las mismas se aprecia una posición privilegiada del demandado.

El Sr. Ortega, administrador único de la empresa demandante, negó haber sido informado de las consecuencias de la bajada del tipo de interés, entendiéndose lógico quien enjuicia que no preguntara nada al respecto, ya que en ningún momento se le informó que suscribía un contrato especulativo y de riesgo, hablándose siempre de cobertura, lo que obviamente es entendido por el ciudadano medio como una especie de seguro, jamás como una apuesta sobre la evolución del Euribor.

Tampoco se le informó del sistema de cálculo de las liquidaciones, ni de la posibilidad de cancelación anticipada, ni del coste de la misma.

En cuanto a la firma del contrato firmado por el Sr. Ortega el denominado " TIPO DE INTERES COLLAR", no le enviaron con anterioridad documento alguno para su estudio, limitándose a ir a firmar cuando le llamaban para ir a la sucursal porque ya estaba preparada la documentación, limitándose a firmar en la confianza de que lo indicado por el Director de la entidad se ajustaba a la realidad.

El Sr. Payas, del BANCO SANTANDER, indicó en el Juicio que sí se había entregado documentación previamente a la firma del contrato, en este caso el de CONFIRMACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERES(SWAP BONIFICADO REVERSIBLE MEDIA), pero, recayendo la carga de la prueba de tal extremo en la parte demandada, la misma no ha acreditado aquél. Ni siquiera se concreta qué clase de información escrita se le entregó, limitándose a negar que se tratara de folletos informativos como tales.

En el caso presente la única información acreditada es la que consta en el clausulado de los dos contratos, con lo cual el cliente, en este caso el ahora demandante, no puede ser que se limite a dar su consentimiento a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con por una insuficiente información derivada de las cláusulas del contrato, ambiguas en unas ocasiones y utilizando conceptos indeterminados en otras, como se ha referido anteriormente, mientras que el BANCO SANTANDER sí la posee o por lo menos la podía poseer, si bien no con una certeza indubitada, si con unas expectativas de futuro posible o previsibles por los movimientos financieros de los cuales el demandante no tenía o no podía tener conocimiento más allá de la información que le facilitara el BANCO SANTANDER, que en el caso de autos no consta lo hiciera dada la absoluta falta de prueba al respecto.

Como razona la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo Secc 5, de fecha 27 de enero de 2010, nº de recurso 508/2009 "Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el Art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos"

Por otra parte, basta leer los contratos para advertir su 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.- 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 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 comercial en cuestión".

Añade la SAP Álava de 18 de enero de 2011 que "lo que

la prueba permite alumbrar es que el Banco ofreció la contratación dando a entender que de este modo el cliente se cubriría 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".

Por todo ello cabe concluir que el contratante en su día, hoy demandante en el presente procedimiento, se acogió a la firma de tales swap porque la información ofrecida por la entidad bancaria le indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad, algo que se acredita se produjo por una falta de información imputable al Banco contratante, sobre el producto ofrecido, dándose los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula los contratos, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2.000 : "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular" (SSTSRJ1994,1469 o SSTSRJ1998,3711).

Es atención a ello hay que tener en cuenta la aplicación del artículo 1.265 del Código Civil, cuando dice que es nulo el consentimiento prestado por error, y 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 y se aprecia la excusabilidad del error, ya que el Sr.Ortega, suscribió los contratos litigiosos, entendiendo que se trataba de un producto seguro y que, en modo alguno, daría lugar a pérdidas. Se trataba de contratos complejos y difíciles de analizar, con cláusulas oscuras y que insertan fórmulas incomprensibles para el empresario medio. 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) -".

Por lo expuesto es procedente declarar la nulidad de los dos contratos de swap suscritos por la parte recurrente y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato

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 os intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". Por lo que la demandada deberá devolver a la actora las cantidades que esta última hay abonado como consecuencia de los contratos litigiosos.

Se condena a la parte demandada a restituir a la actora la cantidad reclamada en la demanda de 220.767,38 euros, mas las siguientes cantidades adeudadas en el momento de la celebración de la vista que era de 46.535 euros mas 8.804,66 euros, lo que da un total de 276.107,04 euros.

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 los 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 _____ SL, contra BANCO SANTANDER, SA y, en consecuencia :

1º) **Se declaran nulos** el CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS, fechado el 27 de julio de 2007 y firmado el día 30 de julio de 2007 aportado como doc. 7 de la demanda, y el CONTRATO DE CONFIRMACIÓN DE OPCIONES DE TIPO DE INTERES COLLAR, que se firmo con fecha 30 de mayo de 2008, aportado como doc. 10 de la demanda.

2º). Derivado de lo anterior, **se condena** a la demandada a restituir a la actora la suma de 276.107,04 euros, más 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 001097107809, 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.