



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Juzgado de Primera Instancia e  
Instrucción Nº 1  
C/ Pablo Sarasate, nº 4 1ª Planta  
Tudela  
Teléfono: 948 820034  
Fax: 948 403029

Intervención:  
Demandante  
Demandado

Interviniente:  
PROALDER 101 SL  
BANCO SANTANDER S.A.

Procurador:  
JAVIER MARTÍNEZ GONZÁLEZ  
Mª MERCEDES GONZÁLEZ  
MARTÍNEZ

Sección: MP  
Procedimiento: JUICIO ORDINARIO  
Nº Procedimiento: 0001143/2009

NIG: 3123241120090004118  
Materia: Otras materias  
Resolución: Sentencia 000071/2010

SIN ECHARTE

### SENTENCIA 71/2010



En Tudela , a 27 de abril de 2010 .

Vistos por el Ilmo./a D./Dña OCTAVIO TOBAJAS GALVEZ , Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Tudela y su Partido, los presentes autos de Juicio ordinario nº 0001143/2009 seguidos ante este Juzgado, a instancia de PROALDER 101 SL representado por el Procurador D./Dña. JAVIER MARTÍNEZ GONZÁLEZ y asistido por el Letrado D./Dña. LUIS MIGUEL ARRIBAS CERDAN contra BANCO SANTANDER S.A. representado por el Procurador Mª MERCEDES GONZÁLEZ MARTÍNEZ y defendido por el Letrado D./Dña. JESUS ECHARTE VIDAL sobre reclamación de cantidad.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Procurador de los Tribunales D. Javier Martínez González en la indicada representación y mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio ordinario en la que tras aducir los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación terminaba suplicando se dictara sentencia por la que tras estimar la demanda, se condene al demandado a lo que consta en el suplico de la misma.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda por auto de 21 de octubre de 2009, se emplazó al demandado, compareciendo en tiempo y forma oponiéndose a la misma.

**TERCERO.-** Señalada para el día 13 de enero de 2010 la audiencia previa, a la misma comparecieron las partes sin que se lograra conciliación entre las mismas, tampoco alegaron excepción procesal que obstará la prosecución normal del proceso. Se fijaron los hechos controvertidos y se intentó una nueva conciliación también sin éxito.

Recibido el pleito a prueba, la actora propuso: documental y testifical; por la demandada se propuso: interrogatorio de la parte y

documental. Todos los medios probatorios fueron admitidos excepto parte de la documental de la actora por extemporánea.

**CUARTO.-** En el acto del juicio, celebrado el día 21 de abril de 2010 (por suspensión del señalamiento indicado en la audiencia previa), se practico toda la prueba, excepto la testifical de los Srs. Gracia y Pérez por renuncia de su proponente, y en el mismo acto los Letrados de las partes formularon oralmente sus conclusiones quedando las actuaciones concluidas para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La actora interesa, respecto del contrato de permuta financiera de tipos de interés (SWAP) suscrito entre las partes el 16 de noviembre de 2007, por un lado la nulidad del mismo por falta de causa, subsidiariamente por vicios en el consentimiento a la hora de suscribirlo, y alternativamente, la resolución del mismo por incumplimiento contractual del demandado.

El demandado, el Banco de Santander, se opone a la demanda.

**SEGUNDO.-** Las pretensiones de la actora se fundan en lo siguiente: el día 16 de noviembre de 2007 las partes suscribieron un contrato de permuta financiera de tipos de interés (SWAP), doc. 1 de la demanda, por un importe nominal de 10.000.000 €. Según la demandante dicho SWAP estaba vinculado a un préstamo hipotecario por importe de 10.000.000 € que el banco le iba a conceder para afrontar un proyecto de edificación de 42 viviendas en la zona conocida como Queiles en Tudela. Firmado el SWAP, el Banco niega la concesión del préstamo, y como quiera que la firma del SWAP estaba vinculada a la concesión del citado préstamo hipotecario, el actor interesa la cancelación gratuita del SWAP, a lo que no accede el Banco.

En base a ello, la demandante entiende y solicita que el contrato SWAP sea declarado nulo por falta de causa, aunque también y sin solución de continuidad impetra tal nulidad por entender que la causa de la firma del SWAP era la concesión del préstamo hipotecario; a renglón seguido interesa la nulidad del contrato (que debe entenderse como anulabilidad -art. 1301 Cc-) por vicios en el consentimiento, aunque no indica si se trata por dolo o por error, por cuanto se vio obligado a firmar el contrato de permuta financiera de tipos de interés en la creencia de que se iba a conceder el préstamo hipotecario; alternativamente interesa la resolución del contrato SWAP por incumplimiento contractual al no haberse concedido tal préstamo hipotecario.

Planteadas así las cosas, procede analizar las causas de nulidad, anulabilidad y resolución accionadas, para determinar su concurrencia o no, pero, dado que el punto de partida es el contrato de permuta financiera de tipos de interés, también denominado SWAP, procederá en primer lugar analizar la naturaleza jurídica de éste contrato.

**TERCERO.-** En general, un sector doctrinal define el contrato de SWAP 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. Costa

Ran y Font Vilalta la definen como 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 que puede considerarse la Biblia del mercado financiero, 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).

Centrándonos en el SWAP de tipos de interés, o lo que es lo mismo la permuta de tipos de interés, que es lo que nos ocupa, se puede afirmar que se trata de un contrato financiero 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 Notional 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 esta última le pagará los diferenciales en caso de caer efectivamente los tipos; o bien por el contrario, 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 como se ha dicho 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 suspensión de pagos o quiebra u otra similar. De manera muy simple podemos definir esta modalidad de SWAP como aquel contrato en el que una de las partes asume el pago del tipo de interés variable correspondiente a la deuda de la otra parte que, y esta el pago del tipo de interés fijo correspondiente a la deuda de la primera.

La doctrina ha discutido igualmente sobre la naturaleza jurídica del contrato de SWAP asimilándose al contrato de permuta, al de compraventa de futuro o al seguro de cambio.

La asimilación a la permuta puede observarse incluso en la propia denominación española del contrato: permuta financiera. Sin embargo, en el SWAP no puede considerarse una permuta en el sentido técnico-jurídico ya que en el contrato de SWAP no hay un intercambio de cosas, ni siquiera de dinero, sino obligaciones recíprocas de pagos de cantidades de dinero indeterminadas, pero determinables en función de ciertos criterios establecidos en el momento de la formalización del contrato; en el contrato

SWAP no se intercambian cosas (art. 1538 Cc), sino que se intercambian valores, es decir, obligaciones de pago dinerarias, lo que desnaturaliza la permuta como ya tuvo ocasión de señalar la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1942. La denominación, como señala Santaella López, de permuta tiene más bien un sentido metafórico.

Tampoco puede asimilarse el SWAP a la compraventa de futuro, ya que la causa y el objeto de ambos contratos es diferente, ni al contrato de seguro de crédito (en el SWAP no se paga una prima por el riesgo asegurado sino que ambas partes asumen una posición equivalente con la obligación de realizarse pagos recíprocos).

En consecuencia, es preciso concluir que nos encontramos ante un contrato atípico y autónomo, importado del sistema jurídico anglosajón, que guarda ciertas similitudes con los contratos apuntados pero que tiene características propias y no se identifica con ninguno de ellos.

Al respecto de las características de este contrato, se puede indicar que:

- A) Es un contrato único y principal. No son varios contratos ligados entre sí, sino un solo contrato que genera diversas relaciones obligatorias, y que no necesita de otros contratos para desplegar sus efectos.
- B) Es un contrato atípico, no regulado como tal en nuestro Derecho, aunque se haga mención al mismo la legislación fiscal.
- C) Es un contrato consensual, que se perfecciona por mero acuerdo de voluntades, no precisando forma escrita, aunque a efectos de su reclamación por vía judicial puede resultar más ventajosa esta última si se incorpora además a un documento público.
- 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 contravalor 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 a través del tiempo de vigencia del contrato.
- G) Es un contrato en el que se intercambian obligaciones económicas y no supone intercambio de las obligaciones legales suscritas. Es decir se permutan los medios de pago y no los pagos en sí.
- H) Es un contrato en el que las partes actúan en posición de igualdad estableciéndose un auténtico equilibrio de las prestaciones por lo que no serán aplicables en este caso las normas que establecen una especial protección para la parte más débil de la relación contractual.
- I) Además, y como indica Duce Sánchez de Moya, tiene un innegable carácter aleatorio, que la sentencia de 1 de enero de 1991 del Juzgado de primera Instancia nº 7 de Madrid, llega a calificar incluso como especulativo cuando establece el pago diferencial entre los intereses intercambiados. Y aunque podrían entrar en juego las normas relativas a la apuesta (art. 1.799 del Código Civil), la cuestión puede considerarse salvada teniendo en cuenta que 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.

Todos los citados caracteres son reconocidos por la doctrina como propios del contrato SWAP o permuta financiera. Costa Ran y Font Vilalta lo tipifican además como un contrato genuinamente "intuitu personae" cuyas referencias codificadas están en los arts. 346 y 325 del Código de Comercio. Es un contrato principal, con reciprocidad de derechos y obligaciones, consensualidad y onerosidad. Es sinalagmático o bilateral, dado que derivan de él derechos y obligaciones para ambas partes y tiene carácter conmutativo.

En cuanto a los efectos del contrato, como consecuencia de la suscripción de un contrato SWAP, las partes quedarán 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. Como dice Díaz Ruiz, no parece adecuado hablar de pagos por intereses, dado que no existe transferencia de capital alguna que devengue tales intereses, 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.

**CUARTO.-** Respecto de la nulidad del contrato SWAP suscrito por las partes el día 16 de noviembre de 2007 por falta de causa del mismo.

Tal pretensión debe desestimarse, para ello baste recordar lo que antes se ha indicado: el SWAP es un contrato principal, único y autónomo, que no necesita de otros contratos para desplegar los efectos que le son propios, 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 contravalor de la otra, es un contrato en el que se intercambian únicamente obligaciones económicas, y además es un contrato con reciprocidad de derechos y obligaciones sin necesidad de que haya otros contratos u obligaciones que le sirvan de cobertura, o de los que se hagan depender sus efectos.

En definitiva, el contrato SWAP de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las partes el día 16 de noviembre de 2007, tiene causa, y por lo tanto no procede declarar su nulidad de pleno derecho.

**QUINTO.-** Respecto de la pretendida nulidad por entender que la causa de la firma del SWAP era la concesión del préstamo hipotecario.

Aquí nos encontramos con la denominada doctrina de la causalización de los motivos, y al respecto hemos de recordar lo que a tal fin tiene establecido nuestro Tribunal Supremo; así indica la Sentencia de 19 de junio de 2009 que <<el artículo 1274 del Código civil, cuya directa inspiración

en la doctrina de POTHIER ya fue reconocida por esta Sala en decisiones muy antiguas, ha sufrido una lectura jurisprudencial en la que se ha acentuado el sentido objetivo, más coherente con las tesis doctrinales imperantes que presentan la causa como la función económico-social del negocio. Así, las Sentencias de 8 de julio de 1983, 4 de mayo de 1987, 25 de febrero de 1995, 24 de enero de 1992, 8 de febrero de 1996, 17 de abril de 1997 o 17 de diciembre de 2004, entre muchas otras, consideran que la causa es la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y se define e identifica por la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. En los contratos sinalagmáticos, la causa está constituida por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones (SSTS 8 de julio de 1974, 8 de julio de 1983, 17 de enero de 1985, 11 de abril de 1994, 21 de julio de 2003, etc.). Así entendida, la causa se ha de distinguir de los móviles subjetivos, cuya relevancia se produce cuando sean reconocidos y exteriorizados por ambas partes contratantes (SSTS 4 de mayo de 1987, 30 de septiembre y 21 de noviembre de 1988, 31 de enero de 1991, 8 de febrero de 1996, 6 de junio de 2002, etc.). Esta concepción no elude el peso de los factores subjetivos, pues cabe que el móvil o propósito que guía a las partes tenga peso en la determinación de la voluntad negocial, hasta el punto de que se configure en el caso un "propósito empírico común de las partes" que encame, en ese supuesto, el elemento causal del negocio. Y así es posible que el móvil subjetivo, que en principio es una realidad extranegocial, salvo que las partes lo incorporen al contrato como cláusula o como condición (SSTS 19 de noviembre de 1990, 4 de enero de 1991, 28 de abril de 1993, 11 de abril de 1994, 1 de abril de 1998, etc.), se incorpore a la causa ("móvil casualizado") y tenga trascendencia como tal elemento del contrato (SSTS 11 de julio de 1984, 21 de noviembre de 1988, 8 de abril de 1992, 1 de abril de 1998, 21 de marzo y 21 de julio de 2003, etc.). Pero para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (SSTS 16 de febrero de 1935, 20 de junio de 1955, 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 23 de noviembre de 1961, 27 de febrero de 1964, 2 de octubre de 1972, 8 de julio de 1977, 1 de abril de 1982, 8 de julio y 17 de noviembre de 1983, 30 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1989, 4 de enero de 1991, 11 de abril de 1994, 6 de junio de 2002, 21 de julio de 2003, etc.).>> Además, como tiene establecido también nuestro Tribunal Supremo, (por todas las sentencias de 27 de diciembre de 1966, 1 de abril de 1982, 30 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1989 ó la más reciente de 12 de junio de 2008, la causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que anima a cada contratante en su proceder, y en consecuencia, para que los móviles subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el ordenamiento positivo en determinadas hipótesis, será necesario que tales determinantes, conocidas por ambos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto determinante del pacto concreto, operando a manera de causa impusiva.

Sentada la anterior doctrina, habrá de examinarse si efectivamente consta que ese móvil impusivo del que hablaba la sentencia de 19 de junio de 2009 del Tribunal Supremo antes citada, si esa finalidad concreta, la concesión del préstamo hipotecario era perseguida por ambas partes y constituía presupuesto determinante del suscrito contrato de SWAP.

Si se estudia con detenimiento la causa se observa que no existe ningún documento en el que, aún de manera periférica, se establezca que el contrato de SWAP quedaba condicionado, o se suscribía, a la concesión por parte del Banco de un préstamo hipotecario; es cierto que cuando el 27 de junio de 2009 el Letrado de la actora reclama al demandado la extinción del contrato de SWAP establece que en el derivado (ser refiere a dicho contrato de permuta financiera) se establecía tal obligación, pero, por un lado, esa carta se remite después de más de año y medio de la suscripción del contrato (16 de noviembre de 2007) y por otro lado, en dicho contrato (doc. 1 de la demanda) no existe referencia alguna a tal vinculación. La actora justifica esa ausencia de prueba documental acudiendo al típico y tópico argumento de que el Banco nunca da a nadie documento alguno; pues bien tal justificación carece de fundamento, pues por un lado es conocido que las entidades bancarias están obligadas a entregar documentación escrita de los productos financieros que ofrecen, y además, tengase en cuenta que aquí por un lado, el actor no es una persona media que no tiene relación ni experiencia en el mundo de las finanzas, sino que es un verdadero profesional avezado, con amplia experiencia en el trato con los bancos y sus productos (a este respecto baste recordar que es administrador de varias empresas de construcción y promotoras, que ha sido empleado de una entidad bancaria -la CAN- y que, tal y como él mismo reconoce en su interrogatorio, bastantes contratos bancarios), y por otro de que se están barajando unas cifras económicas muy importantes, así el préstamo hipotecario solicitado y denegado lo era por importe de 12.000.000 € (doc. 5 de la contestación), mientras que el nominal del SWAP lo era de 10.000.000 € (con un tipo fijo de un 4,40%, siendo el cap del 5,25% y una barrera knockout del 5,75% -doc. 1 de la demanda, pag. 6 de 7), es decir, cifras cuantiosas que resulta lógico y racional algún rastro documental hubiere dejado, máxime todavía cuando ambos negocios (como se dice por la actora) estaban vinculados; sorprendentemente, no hay ninguno.

Para subvenir esta carente prueba documental, la actora articula cuatro elementos de prueba, a saber, el art. 19 del R.D.L. 272003 de 25 de abril, las manifestaciones del legal representante de la actora, el Sr. Martín, la testifical del Sr. Piracés y la transcripción de una conversación telefónica mantenida con el Sr. Gracia, a la sazón Director de la Sucursal del banco de Santander en Tudela. Pues bien, del examen individual y conjunto de dichas pruebas, aplicando las reglas de la razón y la lógica (art. 218 LEC) se puede extraer la vinculación (SWAP y préstamo hipotecario) pretendida por la actora. En efecto:

1º) Respecto del art. 19 del R.D.L. 272003 de 25 de abril; a) por un lado esta norma no dice lo que mantiene la parte, sino que establece lo contrario, esto es que las entidades bancarias informarán a los deudores hipotecarios (el actor no era deudor hipotecario, recordémoslo, de ahí este pleito) que hayan suscrito préstamos con interés variable, de la existencia de instrumentos de cobertura del riesgo propiciado por el incremento del tipo de interés; y b) por otro porque, como ya se ha indicado y reiterado, el contrato SWAP no es un contrato dependiente o ligado a la existencia de otro contrato principal, sino que es un verdadero contrato principal y autónomo cuya finalidad no es garantizar el riesgo de otro contrato concreto y determinado, sino garantizar un tipo de interés para cualesquiera deudas que la parte contratante tenga con otras entidades, sean o no de crédito, en las que se devengue un interés variable, y quiera usar este contrato, por eso,



precisamente, en el contrato de SWAP no se hace constar el tipo de deudas concretas de la parte contratante, a las que ese contrato de permuta financiera de intereses, será de aplicación, pues lo podrá aplicar a su entera voluntad, a cualesquiera deudas que de presente o de futuro tenga el contratante siempre y cuando vengan referidas a un interés variable.

Por ende nótese que, como ha reconocido el legal representante de la actora, en la fecha en la que se firmo el SWAP, la demandante tenía concedido créditos por importe de 24.000.000 €, habiendo dispuesto a esa fecha de 9.600.000 €, y que pudiendo aplicar el SWAP a dichos créditos con interés variable, no lo "aplico" (y permítaseme usar esta expresión que desde el punto de vista financiero puede no ser adecuada, pero sí que lo es desde el punto de vista meramente jurídico y coloquial) sencillamente porque en ese momento no le interesaba porque, entre otras razones, según explica luego su Letrado en las conclusiones (pues el Sr. Martín se limitó a señalar que simplemente no estaba interesado en ese momento), ello suponía que la actora aparecería en los listados de riesgo financiero con una mayor "deuda virtual", aunque esta no fuere real.

2º) Respecto de la declaración del Sr. Martín (legal representante de la actora); como quiera que su interrogatorio debe valorarse con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 316.2 LEC), conviene poner de manifiesto su actuación y declaración en el acto del juicio.

Así nos encontramos con que, y así lo indica él y su Letrado, se presenta como una verdadera víctima del afán predatorio del banco, como una persona desconocedora de los mecanismos y formas de actuar en el mercado bancario, al que se le hace firmar un contrato derivado, extraño y desconocido (el SWAP) y que so capa de que se le conceda un préstamo hipotecario, accede a firmar el SWAP, producto éste no querido por él, pues según refiere, fue el propio banco el que le buscó a él y le indicó las excelencias del mismo, cuando en realidad, como señala su Letrado, lo único que se quería era que la sucursal de Tudela, a final de año, apareciera como "vendedora" de éste novedoso producto, que hasta el momento no había tenido éxito en la capital de la ribera.

Pues bien, todo ello aplicando las reglas de la sana crítica, sencillamente no se sostiene ya que:

- a) El SWAP no es ningún producto novedoso, ya más arriba se ha indicado una sentencia del Tribunal Supremo de 1942 que ya estudia este contrato.
- b) El Sr. Martín no es un simple consumidor, es un verdadero profesional, y además, tal y como es de ver en su interrogatorio, un profesional muy inteligente y avezado en el mundo de mercantil y de las relaciones bancarias; así, es administrador de hasta siete (7) constructoras, y además lo ha sido de otra más (doc. 1 de la contestación no impugnado ni negado por el Sr. Martín), y por ende, ha sido empleado de una entidad bancaria (la CAN). Es decir, es una persona conocedora y habituada a lidiar, tanto en uno como en otro lado, en el mercado bancario y mercantil. En estas circunstancias pretender, como se pretende, que no hizo firmar ningún documento relativo a la vinculación del SWAP con el préstamo hipotecario denegado es ilógico, máxime todavía cuando las cifras

que se barajan son muy elevadas con el consiguiente riesgo que la operación tenía; recordemos el préstamo hipotecario solicitado y denegado lo era por importe de 12.000.000 €, mientras que el nominal del SWAP lo era de 10.000.000 €, y ya la actora tenía unos créditos bancarios de aproximadamente 24.000.000 € habiendo dispuesto tan solo de unos 9.500.000 €.

- c) El contrato de SWAP en modo alguno le era desconocido o extraño, todo lo contrario, él ya había firmado con el Banco demandado otros dos SWAP idénticos, uno en fecha 13 de abril de 2005, en el que se firma el contrato marco CMOF que da origen al SWAP que es firmado el 14 de abril de 2005 (docs. 2 y 3 de la contestación), y otro el 3 de febrero de 2006 (doc. 4 de la contestación) aunque en estos firma como administrador único de la constructora "Construcciones Perdiz, S.L."
- d) Qué fue el director de la sucursal de Tudela el que le buscó a él pues en Tudela este tipo de contratos no tenía éxito; tampoco puede acogerse, si se observan los docs. 2 y 4 de la contestación, se observa, especialmente en el primero de ellos como el CMOF en el que se integra el SWAP (igual que en el caso que nos ocupa -doc. 1 de la demanda-), la firma del mismo se efectúa en la sucursal nº 36 del Banco de Santander en Tudela (c/ Gaztambide nº 3).

Es decir, en contra de lo que se dice, el Sr. Martín conocía el SWAP, lo había contratado antes, y lo había contratado en Tudela.

Es cierto que la actora, en la audiencia previa presenta sendas escrituras de préstamo hipotecario que se dice estaban vinculadas a esos contratos de SWAP que la demandada presentó en su contestación, pero también es cierto que:

A) Respecto del préstamo hipotecario suscrito el 14 de abril de 2005 que se pretende por la actora que esta vinculado al SWAP de 14 de abril de 2005 (doc. 3 de la contestación):

- a) En dicho contrato SWAP, nada se dice (como ocurre en que constituye objeto de ésta litis) respecto a vinculación alguna entre el SWAP y ese préstamo hipotecario.
- b) Dicho SWAP esta suscrito por "Construcciones Perdiz, S.L.", mientras que la hipoteca la suscriben solidariamente, por un lado la citada mercantil, y por otro el Sr. Yanguas y la Sra. Echeverría.
- c) El SWAP es por importe de 360.000 €, mientras que el préstamo hipotecario, que es solidario, lo es por importe de 720.000 €.
- d) El préstamo hipotecario esta suscrito el 14 de abril de 2005, mientras que el SWAP si bien lo esta también el 14 de abril de 2005 (doc. 3 de la contestación), sus efectos se inician el 18 de abril de 2005.

B) Respecto del préstamo hipotecario suscrito el 24 de febrero de 2006 que se pretende por la actora que esta vinculado al SWAP de 3 de febrero de 2006 (doc. 5 de la contestación):

- e) En dicho contrato SWAP, nada se dice (como ocurre en que constituye objeto de ésta litis) respecto a vinculación alguna entre el SWAP y ese préstamo hipotecario.
- f) Dicho SWAP esta suscrito por "Construcciones Perdiz, S.L.", mientras que la hipoteca la suscriben solidariamente, por un lado la citada mercantil, y por otro el Sr. Yanguas y la Sra. Echeverría.
- g) El SWAP es por importe de 240.000 €, mientras que el préstamo hipotecario, que es solidario, lo es por importe de 250.000 €.
- h) El préstamo hipotecario esta suscrito el 24 de febrero de 2006, mientras que el SWAP si bien lo esta el 3 de febrero de 2006 (doc. 4 de la contestación), sus efectos se inician el 6 de febrero de 2006.

C) Como ya se ha indicado, ni en las escrituras de hipoteca ni en los contratos SWAP señalados, consta vinculación, dependencia o mutua condicionabilidad alguna entre ambas, incluso los prestatarios son sujetos distintos al firmante del SWAP, con lo que las únicas conexiones son por un lado que uno de los sujetos prestatarios es uno de los deudores solidarios que firman el SWAP, y por otro una cierta coetaneidad de las fechas de las firmas de uno y otro, indicios estos ciertamente pobres para poder declarar la nulidad del contrato objeto de ésta litis, máxime todavía cuando:

- a) Siendo esos préstamos solidarios, el SWAP firmado por "Construcciones Perdiz, S.L.", en el primero, el nominal lo es por 360.000 € siendo la hipoteca de 720.000 €, y en el segundo por un nominal de 240.000 € cuando el préstamo hipotecario es de 250.000 €. En el primer caso se podría decir, a pesar de ser una deuda solidaria, que el nominal es el 50% del préstamo, pero en el segundo caso (240.000 € de nominal y 250.000 € de préstamo) que no corresponde el SWAP ni con el 50% ni con el 100% del préstamo, no existe justificación, o mejor dicho, conexión lógica entre ambos.
- b) El sujeto del SWAP y del préstamo hipotecario es distinto, allí "Construcciones Perdiz, S.L.", en el caso que nos ocupa "Proalder 101, S.L."
- c) Si bien existe una cierta coetaneidad en las firmas de los SWAP e hipotecas por parte de "Construcciones Perdiz, S.L.", aquí esa coetaneidad no se vislumbra; en efecto, el SWAP objeto de ésta litis se firmó el 16 de noviembre de 2007, mientras que el préstamo hipotecario es denegado en enero de 2008, siendo además que el SWAP lo es por un importe nominal de 10.000.000 € mientras que en su caso el préstamo hipotecario, la solicitud lo era por importe de 12.000.000 €, esto es 2.000.000 € de diferencia.

3º) Respecto de la testifical del Sr. Piraces; este testigo manifiesta que acudió al banco acompañando al Sr. Martín después de las fiestas del Pilar, esto es entre la segunda quincena del mes de octubre de 2007 y la fecha de la firma del SWAP (16 de noviembre de 2007), y declara que cuando salió del Banco, salió con la sensación de que se iba a conceder a la actora el préstamo hipotecario, pero reconoce que en dicha conversación escucho como el empleado del Banco manifestaba que todavía faltaban tramites para la concesión del préstamo; en ningún momento, y a lo que en este momento interesa, escucho nada relativo a que el SWAP y dicho préstamo estaban vinculados o que la causa de uno fuera la suscripción del otro. En definitiva de ésta testifical nada se obtiene.

4º) Respecto de la grabación de la conversación telefónica efectuada por la actora en una conversación mantenida con el Director de la sucursal en Tudela del Banco demandado y que aparece unida al documento 5 de la demanda. Tampoco arroja luz alguna a la cuestión pues:

A) Es una grabación absolutamente irregular desde el punto de vista formal ya que:

- a) No consta la fecha en que se produjo esa grabación, se protocoliza notarialmente el 10 de julio de 2009 pero no consta el día en que se grabó.
- b) Es una grabación cercenada; en efecto, por un lado la grabación empieza con la continuación un discurso del pretendido Sr. Gracia, es decir no se transcribe desde el principio de la conversación, y por otro, tampoco se transcribe el final de la misma, la transcripción (y la correspondiente grabación) se interrumpe abruptamente, sin despedidas o formulas similares a las mismas. El actor intenta justificar ese cercenamiento aduciendo que cuando llamó la conversación se cortó en varias ocasiones y que cuando le intentaron pasar con el Director, también se cortó, pero esa justificación no parece lógica, plausible ni razonable, pues en todo el iter de la conversación en ningún momento las partes intervinientes hablan de esos cortes, más aún, si efectivamente se hubieran producido, el inicio de la conversación no sería la continuación sin más del discurso del pretendido Director del Banco, sino que de alguna manera se hubiere hecho referencia a ese corte de línea, y un nuevo retomar por su parte su discurso, y no, sin más, continuar hablando como si ese corte de línea no se hubiere producido.

B) Desde el punto de vista material, es una grabación que no aclara nada y en la que nada concluyente se establece respecto de lo pretendido por la actora, pues:

- a) De donde la demandante deduce la vinculación, no se puede deducir nada; en efecto si se observa la transcripción el Sr. Martín interrumpe al director de la Sucursal del banco en Tudela en su discurso con una pregunta que no es directa y el Sr. Gracia lo que hace es, decirle simplemente "Si si perfectamente" y continuar

con lo que estaba hablando cuando ha sido interrumpido (párrafos 3, 4 y 5 de la transcripción -doc. 5 de la demanda-); se pueden intentar hacer multitud de aseveraciones respecto del tono usado por el Sr. Gracia cuando dijo ese "sí, sí, perfectamente", pero lo cierto es que más parece que el citado se ve sorprendido cuando es interrumpido, responde descolocado por esa interrupción con un lacónico y brevísimo "sí sí perfectamente" y rápidamente continúa con lo que estaba hablando cuando fue interrumpido.

- b) Fuera de ese brevísimo "sí, sí perfectamente" en todo el resto de la cercenada grabación, en ningún momento más hay referencia alguna, ni por parte del Sr. Gracia, ni por parte del Sr. Martín de nada que se refiera a la pretendida vinculación del SWAP con el préstamo hipotecario.
- c) El contenido de la conversación, no gira sobre la pretendida vinculación SWAP-préstamo hipotecario, sino de la cancelación del primero, y de la obtención de más garantías por parte de la demandada para la concesión de otro préstamo hipotecario. Más aún, en un momento dado, y en contra de lo pretendido por la actora, el Sr. Gracia cuando se refiere al derivado (el SWAP) y a ese préstamo claramente dice que "la operación (el préstamo hipotecario) tiene que ir por un lado y la otra operación (el SWAP) por otro" (párrafo 14 de la transcripción).

C) Además, resulta que, interrogado el Sr. Martín al respecto, responde que se grabaron varias conversaciones telefónicas, sin querer decir el número exacto, y de todas ellas, y como significativa y paradigmática de su pretensión acompaña tan solo la que consta en el doc. 5 de la demanda (en la audiencia previa se intentó presentar otra que obviamente por claros motivos procedimentales, era extemporánea, no fue admitida en todo caso el Letrado de la actora intenta muy hábilmente salvar la situación diciendo que no la presentó con la demanda porque era redundar en lo mismo). Si de todas las conversaciones grabadas tan solo se aporta la que consta en el doc. 5 de la demanda, con ese lacónico y exclusivo "sí, sí, perfectamente" y con las graves deficiencias de forma y fondo antes expuestas, resulta palmario que en las otras varias, habrá de concluirse de que en modo alguno se decía nada, antes al contrario.

D) Pero es que, citado al acto del juicio como testigo de la actora el Sr. Gracia, el día del juicio, sorprendentemente el actor renuncia a su testimonio. El discutir sobre el tono usado por el Sr. Gracia cuando dijo, al ser interrumpido, esas palabras de "sí, sí, perfectamente" resulta totalmente bizantino cuando él podía haber aclarado, no solo ya el tono y sentido de esas tres palabras, sino también la pretendida vinculación del SWAP con el préstamo hipotecario no concedido. El demandante critica al demandado que no ha presentado prueba alguna acreditativa de la no vinculación de ambos

contratos, pero olvida que en materia de nulidad y anulabilidad, la carga de la prueba corresponde de manera absoluta a quién la alega, y no a quién mantiene la validez del contrato, y que no se acuda al argumento del art. 217.6 LEC, porque estando citados a su instancia tanto el Sr. Gracia como el Sr. Pérez (responsable de éste tipo de productos en la Comunidad Foral), a la hora de su testimonio, se renuncia al mismo.

En conclusión, procede igualmente desestimar la demanda en este punto.

**SEXTO.-** Respecto de la pretendida nulidad del contrato por vicios en el consentimiento al haber mediado dolo.

Con carácter previo debe tenerse en cuenta de que el actor impetra la nulidad absoluta del contrato por la concurrencia de vicios del consentimiento, en concreto dolo y/o error, circunstancia esta que sería suficiente para desestimar la demanda pues conforme al art. 1.261 C.c "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º) Consentimiento de los contratantes, 2º) Objeto cierto que sea materia del contrato y 3º) Causa de la obligación que se establezca", de forma que, la carencia de algunos de dichos requisitos, o su celebración contra normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 C.c.) genera la nulidad de pleno derecho y por lo que al consentimiento se refiere del art.1.265 C.c dice que "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo". En cualquiera de dichos supuestos, la concurrencia de cualquiera de los referidos vicios de la voluntad lo que acarrea, según constante, antigua y uniforme doctrina y jurisprudencia, no es la nulidad radical o inexistencia del contrato (prevista solo para los supuestos de ausencia de alguno de los elementos esenciales del art. 1.261 o de contravención del art. 6.3 ambos del C.c) sino solo la anulabilidad del mismo (por todas las sentencias del Tribunal Supremo de 7 julio 81, 4 diciembre 90 o 2 febrero 98 entre otras muchas). Es decir, el contrato por dolo o error está sometido al régimen de la anulabilidad, que no ha sido solicitada, y no al de la nulidad absoluta, que es la impetrada.

En todo caso, y a pesar de lo anterior, procede entrar a conocer de estos dos supuestos por sí, de alguna manera la errónea solicitud puede ser salvada.

Respecto del dolo, el Código civil lo configura como la utilización de palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes para inducir al otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiere hecho (art. 1.269 C.c), determinante también de anulabilidad contractual (art. 1.265 C.c), además de tenerse que probar absoluta y cumplidamente por quien lo invoca (sentencia del Tribunal Supremo de 29 marzo 1.994), y que precisa inexcusablemente una conducta intencional, insidiosa o engañosa por parte de quien supuestamente lo emplea, dirigida a provocar la celebración del negocio o contrato, que la voluntad de la otra parte resulte viciada por dicha conducta, que sea grave y que no haya sido empleado por ambas partes contratantes. Estando caracterizado el dolo civil por ser producto de la astucia, maquinación o artificio, incidente en el motivo esencial determinante de la decisión de otorgar el contrato, abarcando no sólo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1981, 15 de julio de 1987, y 27 de septiembre de 1990 entre otras); siendo doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 1999), la que viene exigiendo, en el caso



de dolo, la inducción del error por maquinaciones graves que formen un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante, por suponer el dolo la conjunción de dos elementos, el subjetivo, o ánimo de perjudicar, y el objetivo, consistente en el acto o medio externo, debiendo en todo caso quedar probada inequívocamente dicha actividad dolosa, sin que basten meras conjeturas o indicios (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991) ,pues el dolo no se presume (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998).

Vista esta doctrina, y el análisis fáctico desarrollado en el Fundamento de Derecho anterior de esta resolución, resulta palmario que no ha existido dolo civil (y menos penal) en la actuación de la demandada, más aún ni tan siquiera se articula prueba a acreditar este extremo, el actor se limita a mencionarlo, pero sin ni tan siquiera proponer prueba al respecto, y la única que podía haber sido conducente a tal fin y que fue propuesta, la testifical de los Srs. Gracia y Pérez, en el acto del juicio fue renunciada.

Por todo ello, la demanda debe ser igualmente desestimada en este punto.

**SÉPTIMO.-** Respecto de la pretendida nulidad del contrato por vicios en el consentimiento al haber mediado error. Como ya se anticipó antes, este vicio de consentimiento debía haberse articulado vía anulabilidad, y no como nulidad ex art. 1261 Cc, razón más que suficiente como para desestimar el motivo alegado por la actora, pero al igual que se realizó antes, aún a pesar de que hipotéticamente se hubiere solicitado la anulabilidad el motivo igualmente debería ser desestimado.

En efecto, es doctrina reiterada (por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978 y 14 de febrero y 29 de marzo de 1994) que para que el error en el consentimiento tenga relevancia jurídica, conforme a lo dispuesto en los artículo 1265 y 1266 C.c, ha de reunir los dos fundamentales requisitos de ser esencial y excusable, es decir que es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración, y que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1953, 27 de octubre de 1964 y 4 de enero de 1982), siendo mayor la diligencia exigida cuando se trata de un profesional o un experto, y menor cuando se trata de una persona inexperta que entra en negociaciones con un experto (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1974, 4 de enero de 1982 y 18 de febrero de 1994).

Es por ello por lo que el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 13 de mayo de 2009 señala que <<para anular el contrato por error de uno de los contratantes no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil que aquel sea excusable, pero si lo hace la jurisprudencia - sentencias de 7 de abril de 1.976, 21 de junio de 1.978, 7 de julio de 1.981, 4 de enero de 1.982, 12 de junio de 1.982, 15 de marzo de 1.984, 7 de noviembre de 1.986, 27 de enero de 1.988, 14 de febrero de 1.994, 6 de noviembre de 1.996, 30 de septiembre de 1.999, 12 de julio de 2.002, 24 de enero de 2.003, 12 de noviembre de 2.004, entre otras muchas - al examinar

*el vicio de que se trata, además de en el plano de la voluntad, en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva - y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. Y, en la situación de conflicto producida, la concede a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.>>*

En consecuencia, el error, para que el mismo invalide el consentimiento provocando la anulabilidad del contrato, que no su nulidad radical (art. 1.265 C.c), es preciso no solo que se pruebe por quien lo alega (sentencias del Tribunal Supremo de 13 diciembre 92 y 30 mayo 95), sino que recaiga sobre la sustancia de la cosa o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (art.1.266, párrafo primero C.c), habiendo dicho nuestro Tribunal Supremo que el error en el objeto al que se refiere el precitado precepto, para que invalide el consentimiento ha de recaer sobre de alguna de las condiciones que se le atribuyen a la cosa, y que ha de tratarse de error excusable es decir no atribuible a negligencia de quien lo alega, de tal forma que pudiera haber sido evitado mediante el empleo de una diligencia media (sentencias del T.S. de 3 marzo 94, 6 noviembre 96, 30 septiembre 99 ó 12 de julio de 2.002, entre otras muchas).

A este respecto argumenta el Tribunal Supremo en sentencia 18 Feb. 1994 que *<<La Sala en línea de principio y abordando el análisis del llamado error propio/vicio -a diferencia del obstativo- o sobre la declaración negocial rubricado en citado art. 1266.1 CC y, que es el subsumido en el litigio, y el influjo de su inexcusabilidad que, de existir, habilite el axioma qui errant no consentire videtur, invalidando el negocio en que aquél haya acontecido, expresa que con la mejor doctrina, debe afirmarse que según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 CC. Es inexcusable el error (de la TS S 4 Ene. 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, de acuerdo con los postulados del principio de 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 de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continua- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ejemplo, anticuarios en la TS S 28 Feb. 1974 o construcciones en la TS*

S 18 Abr. 1978 ). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (TS S 4 Ene. 1982 ) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye.>>

Y respecto de la inexcusabilidad del error la sentencia de 13 de febrero de 2007 indica que <<es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, al interpretar lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil sobre los requisitos del error para que sea invalidante del consentimiento prestado, requiere no sólo que éste sea esencial, sino además que sea inexcusable; requisito que ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso. La sentencia de 12 noviembre 2004, con cita de las de 14 y 18 febrero 1994, 6 noviembre 1996, 30 septiembre 1999 y 24 enero 2003, afirma que «para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquél que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento>>. Es decir, que la exigencia del carácter inexcusable del error es una medida de protección para la parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios.

En resumen, para que el error pueda tener verdadera trascendencia anulatoria requiere que cumpla todos y cada uno de éstos requisitos: 1º) que quede cumplidamente acreditado; 2º) que sea esencial e inexcusable, pues de no ser así estaríamos ante un error propio que únicamente le es imputable a quién lo padece; 3º) que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para quién lo alega; y 4º) que no se haya podido evitar con una regular diligencia.

Aplicada toda la anterior doctrina a nuestro caso, nos encontramos con que el administrador único de la actora, que no es técnicamente un consumidor sino un profesional, tal y como más arriba se ha señalado es un verdadero profesional y experto en la materia, tanto por su formación, por su labor empresarial y como por su experiencia en la contratación bancaria en general y en productos de éste tipo en particular. Como tal experimentado empresario sabía, ó debía saber, que los SWAP son contratos principales y autónomos y que los mismos no dependen de otro contrato que le permita surtir los efectos que le son propios, siendo además que como es de ver en el contrato impugnado, en ningún sitio se habla de préstamo hipotecario alguno.

Igualmente, tal y como más arriba se analiza, no existe prueba alguna de que las partes hubieren condicionado el SWAP a la concesión de un préstamo hipotecario, siendo que si efectivamente el Sr. Martín lo pensaba, lo hacía con error propio a él únicamente imputable pues nada indica que ese error sea inexcusable, y mas parece que, como máximo, estaríamos ante una falta de diligencia por su parte, y decimos como máximo porque resulta chocante que solamente existan reclamaciones al Banco a partir precisamente de que a mediados de 2008, la demandante ya no obtiene beneficios (que dicho sea de paso, solicitandose la nulidad, no ofrece devolver esos beneficios, sino exclusivamente que el demandado le devuelva sus "perdidas"), sino pérdidas producidas además, no por una actuación

torticera o engañosa del banco, sino por la caída internacional y generalizada de los tipos de interés.

Podría ser cierto que en los otros dos SWAP contratados antes por el Sr. Martín con otra empresa distinta hubiere algún tipo de vinculación con otros dos préstamos hipotecarios (y se dice podría porque por las razones que más arriba se han señalado tal vinculación no esta clara ni acreditada), pero no es menos cierto que de haber sido eso así, lo cierto es que la firma de los SWAP y esos préstamos fue coetánea en el tiempo (en un caso al día siguiente y en otro a los pocos días se firmaron las hipotecas lo que indica que su solicitud y tramitación pudo ser pareja), pero en este caso, el SWAP se firma el 17 de noviembre de 2007, el préstamo se solicita el 4 de diciembre de 2007 y se deniega el 18 de enero de 2008 (docs. 4 y 5 de la contestación); ninguna coetaneidad se aprecia al respecto.

Es cierto que el Sr. Pilaces testifica que entre el 13 de octubre y el 17 de noviembre de 2007 acudió a la sucursal de Tudela y que las partes hablaron de un préstamo hipotecario, pero también es cierto que ese testigo reconoce que todavía faltaban una serie de tramites para el mismo. Si a eso unimos las razones que da el Banco a la actora para no concederle tan cuantioso préstamo (doc. 6 de la contestación, entre las que se encuentran desde incumplimientos previos hasta falta de solvencia económica), habrá que concluirse con que, o bien la firma de SWAP nada tenía que ver con el préstamo porque sino la actora (que tenía créditos pendientes por importe de 9.500.000 € en lo que poder aplicar el SWAP) no hubiere firmado tan a la ligera el SWAP, o bien el actor actuó con una absoluta falta de diligencia, máxime cuando se está hablando de un préstamo hipotecario por importe de 120.000.000 €, falta de diligencia que, tratándose de un experimentado profesional a él le sería en exclusiva imputable, máxime cuando el Banco, le informa, y le informa por escrito, que la conclusión de ese SWAP le es desaconsejable.

**OCTAVO.-** Por último respecto del incumplimiento contractual.

Tal y como se ha repetido, en el contrato SWAP, o en el CMOF que la da cobertura, en ninguno se pacta que el demandado debe conceder préstamo hipotecario alguno, razón por la que, ningún contrato ha incumplido el demandado.

La actora habla de operación conjunta, pero lo cierto es que, tal y como también se ha señalado, nada se ha probado de vinculación, condicionabilidad del contrato SWAP con el de hipoteca, con lo que, a este respecto valga lo dicho anteriormente, y por lo tanto, ningún incumplimiento contractual se aprecia, y por ello la demanda, también en éste punto debe ser desestimada.

**NOVENO.-** En cuanto a las costas, las mismas deben, a tenor del art. 394.1 L.E.C., ser impuestas a la demandante, al haberse desestimado todas sus pretensiones sin que el caso presentara dudas de hecho o de derecho.

## FALLO

DESESTIMO la demanda interpuesta por "PROALDER 101, S.L." contra "BANCO SANTANDER, S.A.", ABSUELVO al demandado de



todas las pretensiones deducidas en su contra, y **CONDENO** a la actora al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes al en que se notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

NOT: copia 2 P. N. - 10

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

ELLA Juez

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