

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2
LEHEN AUZIALDIKO 2 ZK.KO EPAITEGIA
DURANGO (BIZKAIA)

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

16 FEB 2011
ALBISTEGUI

BIZKAIKO AUZITEGIAK
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2
LEHEN AUZIALDIKO 2 ZK.KO EPAITEGIA
DURANGO (BIZKAIA)**

EZKURDI s/n - C.P./PK: 48200

TEL.: 94-6030052
FAX: 94-6030080

NIG/IZO: 48.01.2-09/603876

Procedimiento/Prozedura: Pro.ordinario L2-Prozedura arrunta. 2000ko pzl 52/10

=

SENTENCIA N° 19/11

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª BEGOÑA DIAZ MORIS

Lugar: DURANGO (BIZKAIA)

Fecha: once de febrero de dos mil once

PARTE DEMANDANTE/DEMANDADA-RECONVENCIONAL: BANCO SANTANDER
S.A.

Abogado: IGNACIO GUERRA GIMENO, en sustitución D. PEDRO
PIPAON.

Procurador: ELENA ASTIGARRAGA ALBISTEGUI

PARTE DEMANDADA/DEMANDANTE-RECONVENCIONAL

Abogado: MARIA LUISA GRACIA VIDAL

Procurador: NURIA VEGA SUAREZ, en sustitución D. ZIGOR
CAPELASTEGUI.

OBJETO DEL JUICIO: RECLAMACION DE CANTIDAD

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de septiembre de 2009, "Banco Santander, S.A." ejercita acción mediante los trámites de juicio monitorio, frente a la mercantil " ", en reclamación de la cantidad de 10.931,68 euros, tomando como origen de la deuda la existencia de un contrato de crédito firmado entre las partes el 5 de mayo de 2003 y ampliado por cláusula adicional de ampliación el día 7 de julio de 2005.

Frente a esta solicitud se alzó la demandada, oponiéndose a la existencia de la deuda reclamada.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de enero de 2010, la Procuradora Dña. Elena Astigarraga Albístegui, en nombre y representación de "Banco Sangtander, S.A.", interpuso demanda frente a la mercantil " ", en la que tras exponer los hechos y fundamentos que consideró de pertinente aplicación, acabó suplicando se dictara sentencia por la que se condenase a la demandada al pago de la cantidad de 10.931,68 euros, más los intereses legales y las costas del presente procedimiento.

1

Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demanda para que se personara en las actuaciones y la contestara, quien lo hizo mediante escrito de 15 de marzo de 2010, para oponerse a lo solicitado de contrario, interesando la íntegra desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

En el mismo escrito, se incluyó la presentación de demanda reconvenicional, por parte de la representación procesal de " ", frente a "Banco Santander, S.A.", en la que tras alegar los hechos y fundamentos que consideró de pertinente aplicación, acabó suplicando se dictara sentencia en la que se declarase la nulidad contractual por vicio en el consentimiento, del contrato "Marco de operaciones financieras y todas las confirmaciones de permuta financiera de tipos de interés", declarando saldadas las prestaciones, con expresa declaración de que la actora reconvenicional no debe nada al banco; que alternativamente se declare la anulabilidad de los mismos contratos; que en cualquiera de los dos casos se condenase al "Banco Santander, S.A.", a abonar a la demandante reconvenicional la cantidad de 3.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, o en su defecto la que se estableciera por el tribunal, añadiendo los intereses legales que correspondan desde la presentación de la demanda, así como condenando a la entidad bancaria al pago de las costas causadas en este procedimiento, por expresa temeridad y mala fe en su actuar.

De dicha demanda reconvenicional se dio traslado al demandado, quien contestó a la misma en tiempo y forma para oponerse a lo solicitado, interesando la íntegra desestimación de la demanda reconvenicional con expresa imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Así las cosas, el 13 de julio de 2010, se celebró la Audiencia Previa, a la que comparecieron todas las partes personadas.

Tras manifestar que no existía posibilidad de acuerdo, a solicitud de la actora principal y demandada reconvenicional, se fijó la cuantía de la demanda reconvenicional, a los efectos de una posible condena en costas, en la cifra de 15.613,81 euros.

Luego se fijaron los hechos controvertidos con el resultado que obra en las actuaciones, y se admitieron las pruebas siguientes: Documental, interrogatorio del demandado y actor reconvenicional y testifical de D. [redacted] y P. [redacted], quedando fijada la fecha de celebración del juicio para el 24 de enero de 2011.

CUARTO.- El día señalado se celebró el juicio con el resultado que obra en las actuaciones. Practicada toda la prueba que resultó admitida, a excepción de las testificales de D. [redacted] y P. [redacted], que fueron

renunciadas en la vista, a continuación los letrados sus conclusiones, quedando el juicio visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento el "Banco Santander, S.A.", ejercita acción en reclamación de la cantidad de 10.931,68 euros, más los intereses que legalmente correspondan y las costas de este procedimiento, frente a la empresa " ", y ello basándose en la existencia de un contrato de cuenta corriente firmado entre las partes el 5 de mayo de 2003, con un límite cuantitativo de 12.020, 24 euros, al que se unió una Cláusula Adicional el 7 de julio de 2005 por la que se amplió dicho límite hasta la cifra de 18.000 euros. Afirma la actora que a la fecha de vencimiento de dicho contrato la cuenta vinculada a tal crédito arrojaba un saldo deudor que ascendía a la cantidad reclamada. Basa sus peticiones en la aplicación de los artículos 311 y siguientes del Código de Comercio, artículos 50 y 62 del mismo Cuerpo Legal, artículos 1740, 1753, 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, así como en la propia póliza de crédito y su cláusula adicional, en el certificado emitido por la entidad bancaria respecto al saldo deudor, los movimientos de la cuenta del demandado y el requerimiento de pago realizado por el Banco a la entidad demandada.

Frente a esta demanda se opone la mercantil " ", sobre la base de varios argumentos. En primer lugar reconoce ser titular de la cuenta con número 0049 0740 2210324589, existente en la entidad demandante y sobre la que se fundamenta la reclamación; sin embargo, sostiene que no se ha acreditado debidamente el origen ni la propia existencia de la deuda reclamada, pues los extractos aportados por el banco no acreditan la existencia de la deuda, ni tampoco la certificación unilateralmente confeccionada por el banco puede considerarse suficiente a efectos probatorios, añadiendo que no se aportan desgloses de cargos ni se identifica claramente que parte de la cuantía obedece a la existencia de la deuda principal y cual a los intereses, cosa que mantiene, le deja en una gran indefensión, siendo que conforme a las normas del artículo 217 de la LEC, hace que sea el Banco la parte sobre la que recae la carga de probar la realidad de las reclamaciones que efectúa.

La entidad demandada, interpone a su vez demanda reconventional frente a la actora principal, solicitando se declare la nulidad del contrato Marco de Operaciones Financieras y todas las confirmaciones de permuta financiera existentes entre las partes, y la confirmación de la permuta financiera de tipos de interés, y por tanto que se declaren saldadas las prestaciones, declarando que " ", no debe nada a "Banco Santander"; o que alternativamente se declare la anulabilidad de los contratos mencionados, y que se condene al "Banco Santander" a abonar a " ", la

cantidad de 3.000 euros en concepto de indemnización por los perjuicios causados, o, en su defecto, a la cantidad que pueda establecer el Tribunal, siendo que en cualquiera de los casos (declaración de nulidad o anulabilidad), se condene a la demandada reconvenzional, a abonar a ".....", los intereses legales desde la interposición de la demanda y, a partir de la sentencia, el interés legal incrementado en dos puntos, condenándola igualmente al pago de las costas causas, aún en caso de estimación parcial de la reconvencción, por existir mala fe y temeridad en su actuación.

La base fáctica de la demanda reconvenzional es la siguiente: Sostiene que ".....", es una pequeña empresa de sólo dos trabajadores que tiene por objeto la importación y distribución de productos varios, sobre todo textiles destinados a hogar y hostelería. Mantiene que las relaciones de la citada empresa con el "Banco Santander", se remontan a 1994, y que se basaban en la contratación de productos típicos en el tráfico mercantil tales como créditos, préstamos o líneas de descuento; habiendo cumplido siempre con sus obligaciones. Así las cosas, en diciembre de 2004, el director de la sucursal de "Banco Santander" de la localidad de Amorebieta, D., contacto con D. Carlos Pérez como responsable de ".....", para ofrecerle una financiación muy atractiva para las PYMES, a lo que el Sr. Pérez le contestó que no necesitaba financiación. Sin embargo la insistencia del Banco fue tal que acabó accediendo a que le explicara en que consistía el producto. En su reunión el responsable del Banco le explicó que se le harían ingresos trimestrales y que a final de año la empresa los devolvería con un interés del 2%, siendo que podría cancelarlo en cualquier momento sin coste adicional, y presentándole el contrato "marco de operaciones financieras". El Sr. Pérez expresó que no entendía el contrato y el gestor del banco le manifestó entonces que no se preocupara pues el funcionamiento era tal y como él se lo había explicado, lo que llevó al representante de ".....", a firmar dicho contrato en la confianza que le ofrecía su relación con el mencionado banco. A este "contrato marco", firmado el 29 de diciembre de 2004, se le unió un anexo o condicionado particular denominado "Operación de Permuta financiera de tipos de interés (swap diferido Plus 3 x 12 Plus)". Una vez que el contrato comenzó a operar, ".....", comenzó a recibir ingresos trimestrales, el 31 de marzo de 2005 recibió en cuenta la cantidad de 5450 euros, el 30 de junio de 2005 la cantidad de 5419,56 euros y el 30 de septiembre de 2005 la de 5314,33 euros, lo que supuso un total de 16.183,89 euros. Sin embargo, el 30 de diciembre se le hizo un cargo por importe de 20.267,72 euros. Este hecho hizo que el representante de "Maditex" se desconcertase pues la supuesta financiación le había supuesto en el plazo de un año un coste de 4.083,83 euros, cuantía que superaba claramente el 2% de interés que él creía que había pactado. Este hecho hizo que se pusiera en contacto con el Banco para pedir explicaciones. En ese momento ya no era director de la sucursal el Sr.

... sino el Sr. ... , quien le explicó que lo que había contratado no era una financiación, si no una operación de derivados, lo que hizo que el ... solicitara la cancelación del contrato, informándole el Sr. ... que tal operación le costaría, además de la cantidad adeudada por aplicación del mismo, otros 3.650 euros. Ante tal reclamación el Sr. ... exigió una solución al Banco, quien después de varios contactos le indicó que la única solución era la firma de un segundo contrato de permuta financiera, con la garantía de que no le ocasionaría pérdidas y que si lo firmaba, se le reintegraría la mayoría del cargo realizado a fin de año, y se cancelaría el anterior contrato sin coste para la empresa. Ante tal tesitura, el Sr. ... confiando nuevamente en el Banco, firma el 16 de febrero de 2006 la cancelación de la anterior permuta, y un nuevo contrato denominado "confirmación de permuta financiera de tipos de interés: Swap Bonificado escalonado con barrera Knock-In in Arrears". La firma del nuevo contrato, de funcionamiento similar al anterior en cuanto a los ingresos trimestrales, pero distinto en el punto de que aquí los "tipos barrera" son crecientes mientras en el primero eran fijos, supuso que en el años 2006 las siguientes liquidaciones: el 22 de mayo de 2006 el abono a "..." de 6582,33 euros, el 21 de agosto de 2006 el abono de 7312,86 euros y el 20 de noviembre de 2006 el de 8174,83 euros, lo que supuso un total de 22.070,02 euros. Sin embargo, ante la promesa de que este segundo contrato no iba a suponer más pérdidas para "...", su representante legal realizaba continuos contactos con el banco para interesarse, y al llegar el momento de la liquidación anual, resultaba de nuevo un cargo para la empresa. Este hecho hizo que el demandante solicitara la cancelación de la segunda permuta, poniendo el banco en su conocimiento que tal operación ascendería a unos 30.100 euros, pero le proponía al tiempo la firma de una nueva permuta financiera, cosa que no fue aceptada por la empresa quien se fue desvinculando del banco, siendo que el 19 de febrero de 2007 se le realiza un cargo por importe de 30.600,01 euros en su cuenta, con lo que esta segunda permuta financiera le supuso a la empresa "..." un coste de 8.529,98 euros.

Llegados a este punto, el demandante reconviencional supone que la reclamación de la demanda principal tiene su origen en estos cargos, y sostiene la existencia de irregularidades en la firma de los mismos, así como en la existencia de un error esencial en la contratación de estos productos que encuentra su origen en una nula o deficiente explicación por parte del banco a la hora de ofertárselos, que supuso el total desconocimiento del riesgo y del tipo de producto que estaba asumiendo, siendo que ni siquiera se explica ni recoge en la documentación del contrato de forma clara las fórmulas aplicables para su cancelación, y se ignora en todo momento por la demandante que lo que se firma es un producto de derivados, especulativo y con un elevado riesgo, contrato de adhesión en el que el banco tiene una

posición dominante y parte de un conocimiento del mercado que no tiene el adherente, siendo por tanto un contrato totalmente desequilibrado. En conclusión, mantiene que la entidad bancaria omitió a la demandante información esencial y trascendente, sin utilizar un lenguaje comprensible para el cliente, que el banco actuó de forma negligente al ofrecer a esta empresa un producto totalmente inadecuado para su perfil, siendo que la redacción del contrato es oscura y falta de transparencia. Todo ello, concluye, ha llevado a la demandante a sufrir perjuicios reales debido a que ha sido incluida como morosa en el Registro del Banco de España, lo que le ha supuesto que otras entidades bancarias le denieguen financiación.

Desde el punto de vista jurídico sostiene que la demanda ha incumplido la normativa que regula este tipo de productos, en concreto lo dispuesto por la Ley del Mercado de Valores 24/88, en su redacción dada por la Ley 47/07, que traspone la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados financieros, y el Real Decreto 217/08; así como lo dispuesto en los artículos 1261 y siguientes del Código Civil, en cuanto a la regulación de la nulidad contractual por existir vicio del consentimiento consistente en el error del contratante.

Contesta a esta demanda reconvenida la entidad bancaria oponiendo los siguientes argumentos: el contrato marco firmado por el demandante no es elaborado por la entidad bancaria, si no que es realizado por la Asociación Española de Banca Privada, y que se haya debidamente protocolizado por lo que su contenido es adecuado y ya ha pasado por todos los filtros legales. Añade que el cliente ha firmado todos los documentos declarando que conoce y acepta los riesgos de los mismos, siendo además que la liquidación es clara tanto cuando resulta favorable al cliente como cuando le es negativa, pareciendo inadecuado que se le permita asumir los beneficios y no hacer frente a las pérdidas cuando ambos derivan de un mismo contrato. Por otro lado sostiene que de la lectura de los instrumentos contractuales ya se puede observar que la información aparece reflejada tanto en lo que respecta a los pagos que hará el banco como a los que hará el cliente, explicándose de forma detallada la aplicación de los tipos de interés en cada caso, a ello hay que unir que no podemos obviar que el representante de la demandada era una persona habituada a tratar temas financieros y capaz de comprender los riesgos asumidos, en concreto estamos ante una persona con experiencia en el ámbito bancario, que conoce las operaciones que suscribe, y que no se trata de un consumidor normal, si no de alguien con conocimiento en la materia. Todo ello le lleva a concluir que en este caso no puede apreciarse la existencia de error en el consentimiento dadas las características del contratante, que el banco se ha limitado a llevar a efecto el contenido de los contratos firmados con las consiguientes obligaciones para ambas partes

contratantes, y ello de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1254 y siguientes del Código Civil y que es el demandante quien no cumple lo pactado ignorando la doctrina de los actos propios. Acaba afirmando la inconsistencia de la reclamación de daños y perjuicios, dado que nada se ha acreditado a este respecto.

Por todo ello solicita la desestimación de la demanda reconvenicional con imposición de costas a la demandante.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo que se acaba de exponer las cuestiones objeto de controversia son las siguientes:

1.- Existencia de la deuda reclamada por el "Banco Santander" a " ", en la cuantía reclamada en la demanda principal.

2.- Nulidad por vicio en el consentimiento, de los contratos "Marco de Operaciones Financieras y permuta de financiación de tipos de interés", así como sus posteriores confirmaciones, firmados entre las mismas partes.

3.- Existencia de daños y perjuicios derivados de tales contratos para la empresa " ".

Con carácter previo diremos que el presente procedimiento presenta cierta complejidad debido a que el objeto de la demanda principal no puede abordarse adecuadamente sin tener en cuenta la resolución de la demanda reconvenicional y ello a juicio de quien suscribe, porque no podemos obviar que tanto el contrato de la póliza de crédito objeto de la primera demanda, como el del contrato de permuta financiera que conforma el objeto de la demanda reconvenicional, estaban vinculados a una misma cuenta corriente cuyo titular es " ", y que el devenir de ambos contratos, a pesar de tener una existencia autónoma está unido debido a este hecho, por ello y aunque pudiera resultar inadecuado debemos analizar en primer lugar la demandada reconvenicional pues lo que resulte de la misma determinará la estimación o desestimación de la demanda principal, en tanto es necesario fijar el origen del descubierto en esa cuenta y que es reclamado por la entidad bancaria en su demanda.

TERCERO.- Dicho lo anterior y dadas las particularidades del asunto que nos ocupa, es necesario poner lo dicho anteriormente, en conexión con el contenido de las pretensiones ejercitadas por vía reconvenicional y que han quedado expuestas en el Fundamento Primero de esta resolución.

Para ello debemos analizar los términos en que se suscribieron los contratos denominados "Contrato marco de operaciones financieras", firmado el 29 de diciembre de 2004, al se le unió un anexo o condicionado particular denominado "Operación de Permuta financiera de tipos de interés (swap diferido Plus 3 x 12 Plus)", su cancelación realizada el 16 de febrero de 2006, y un nuevo contrato denominado "Confirmación de permuta financiera de tipos de interés: Swap

Bonificado escalonado con barrera Knock-In in Arrears", firmado también el mismo 16 de febrero de 2006.

Comenzaremos diciendo que la permuta financiera de intereses es un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación, denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia. Este tipo de contratos no negociados sirven para protegerse de las fluctuaciones causadas por distintos tipos de riesgos financieros (en este caso el interés del dinero), y aunque pueden nacer vinculados a otras operaciones de pasivo (préstamos o créditos), también pueden surgir como contratos autónomos sin estar vinculados a la protección de riesgos financieros, por ejemplo, especulando en mercados volátiles, asumiendo así el riesgo del uso de tales derivados. La ausencia de negociación que caracteriza estos contratos supone que para su valoración deba acudirse a métodos internos, y así, tradicionalmente el valor de la permuta financiera de intereses se ha obtenido actualizando los flujos netos de caja esperados a los tipos vigentes en el mercado en cada momento, lo que supone que en el caso de flujos variables, que resulte imposible conocer con certeza los valores que tomarán periódicamente los tipos de interés variable objeto del acuerdo, haciendo incierto tanto las cuantías que se alcanzarán como su valor actual. Estas características hacen que nos encontremos ante un producto especulativo que conlleva el riesgo de asumir pérdidas o ganancias en el cliente en función de la variación al alza o a la baja de los tipos de interés, y esto hace que por su propia naturaleza estos productos sean de alto riesgo y de carácter complejo.

En cuanto a la normativa aplicable a este tipo de productos financieros, debemos tener en cuenta que dada la fecha de celebración de los contratos, diciembre del año 2004 y febrero del año 2006, no se había procedido aún a la transposición de las Directivas 2004/39/CE, 2006/73/CE y del Reglamento 1287/2006 a la Ley española, que no tendría lugar hasta la reforma introducida en la Ley del Mercado de Valores 24/1988, de 28 de julio, por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre y el Real Decreto 217/2008; por lo que debe aplicarse la Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a estas fechas. Así se disponía en la misma en el tiempo de la vigencia de esta contratación que nos ocupa, que los contratos de permuta de financiación cuyo objeto sean los tipos de interés, con independencia en la forma de su liquidación y de que fueran o no objeto de negociación en mercado secundario, oficial o no, estarían incluidos en el ámbito de aplicación de la misma. Siendo que su artículo 78 establecía que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o el Ministerio de Economía, y en el artículo 79, que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollando una gestión ordenada y prudente,

cuidando de los intereses de sus clientes como si fueses propios y asegurándose de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndoles siempre adecuadamente informados. En desarrollo de tales previsiones legislativas, el RD 629/1993, de 3 de mayo, a la sazón también vigente cuando se celebró el contrato objeto de este pleito, establecía en su art. 16 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de la operación, debiendo además informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, e incorporaba como Anexo un Código general de conducta en los mercados de valores en el que se establecía la obligación de las entidades de solicitar se sus clientes la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (art. 4.1) la obligación de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, precisando además que 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, y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (art. 5, apartados 1 y 3).

A la vista de lo dicho, señalar que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, en un informe de fecha 24-6-2009, y tratándose también de una permuta financiera, bien que vinculada a la cobertura del riesgo de interés de un préstamo hipotecario, lo que -dicho sea de paso- le otorgaba un carácter no especulativo, a diferencia de lo que sucede en este caso tal y como se ha explicado al inicio de este Fundamento, advierte, no sólo que se trata de un producto cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, indicando sus características principales sin omisiones significativas, sino también de que entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios, 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 de su vencimiento, entendiéndose por ello que las entidades que diseñan y ofrecen esos productos a la 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 deseada.

CUARTO.- Centradas las particularidades y características de los contratos objeto de esta litis, analizamos a continuación el tratamiento legal de los requisitos que todo contrato debe tener, así como las posibilidades de que pueda observarse nulidad en el mismo por concurrencia de error en el consentimiento.

Así, haciendo nuestro el contenido de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Gijón, de fecha 21 de enero de 2006, bueno será comenzar recordando que, entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1261 del Código Civil, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1262 del mismo Código, y que será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios". En este sentido, como

señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 13-11-2008, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección, tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación.

A propósito del error como vicio del consentimiento, el art. 1266 del Código Civil exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior 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, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007). El error es inexcusable cuando puso ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran 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 ese requisito 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 (STS 4-1-1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad 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, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y

18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Pues bien, teniendo en cuenta, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 26-4-2006, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que algunos autores señalan, en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información,

QUINTO.- Centrado como ha quedado el ámbito jurídico y fáctico de la presente controversia, debemos analizar las pruebas practicadas en el acto de la vista. El punto de partida supone entrelazar los distintos contratos, cancelaciones y confirmaciones que ha ido firmando la demandante, con los testimonios que los intervinientes en dicha contratación prestaron en la vista.

De este modo, respecto del "Contrato Marco de operaciones Financieras" y su anexo o condicionado "Operación de permuta de tipos de interés (swap diferido Plus 3 x 12 Plus)", el Sr. [redacted], legal representante de [redacted], manifestó en su declaración que nunca entendió el contenido del mismo y que de hecho él pensó que estaba contratando un producto de financiación, cuyo funcionamiento le resultó extraño, ya que se le dijo que iría recibiendo ingresos de unos 5.000 euros trimestrales en cuenta y que a final de año debería pagar un interés que en ningún caso sería superior al 2%. Señala que fue el banco a través del entonces director de la sucursal de Amorebieta con la que llevaba trabajando desde el año 1994, el Sr. [redacted], quien le llamó para ofrecerle el producto y quien se lo explicó personalmente. Que pese a que no comprendió el contenido de los documentos contractuales, los firmó pues el Sr. Azcuanaga le garantizó que el funcionamiento del mismo era tal y como le había explicado. Por su parte el Sr. [redacted] mantiene en su declaración que se trata de un contrato relativamente sencillo y que él explicó su funcionamiento al cliente. Que entendía que [redacted] era una empresa adecuada para ese tipo de producto y que por eso se lo ofreció. Mantiene que las condiciones de duración, dos años, y la cuantía del contrato de permuta, 1.000.000 de euros, que aparecen en el mismo, supone que se deben a que fueron las pactadas por ambas partes y que en todo momento aparecían debidamente reflejados en el clausulado del contrato, añadiendo que no recuerda si

llegó a poner algún ejemplo o a dar algún folleto informativo al cliente.

Lo cierto es que revisado el contenido de los documentos contractuales, sus condiciones generales reflejan todos los datos, definiciones, duración y posibilidad de cancelación, pero a juicio de quien suscribe no pasan de ser meras declaraciones formales, pues ningún elemento probatorio se aporta por la entidad bancaria que permita concluir, si quiera indiciariamente, que explicó con la diligencia debida el contenido del producto, sus riesgos y su funcionamiento. En concreto, en el último anexo se determinan las condiciones de funcionamiento, en donde se explican los métodos de cargo y abono mediante remisiones al resto de definiciones existentes en el clausulado general, así como la posibilidad de cancelación anticipada, de una manera abierta y sin concreción remitiéndose a valores futuros, lo que hace muy difícil pensar que un cliente medio, aunque sea una persona jurídica que opera en el tráfico mercantil pueda comprenderlos sin una explicación exhaustiva y simplificada. La carga de probar que el banco actuó de esta forma, garantizando que el cliente entendió lo que contrataba le corresponde a la entidad y nada ha acreditado respecto a este punto. De este modo, no puede sino concluirse que la voluntad del Sr. Pérez surgió desde el inicio viciada, que nunca tuvo constancia real del tipo de producto que estaba contratando, ni de sus características ni de los riesgos asumidos. Este hecho se pone también de manifiesto con las propias características de la empresa y de su representante, pues nos encontramos ante una pequeña empresa de solo dos trabajadores, que por mucho que se alegue por la demandada que su representante tenía conocimiento y experiencia en productos financieros nada ha acreditado en este punto más allá del propio reconocimiento del Sr. Pérez de su conocimiento en la gestión de su empresa, pero nada que nos haga pensar que nos hallamos ante una persona con conocimiento a nivel financiero. No es una persona especialmente formada en temas como el que nos ocupa, si no que se trata del representante de una empresa que lleva a cabo contratos típicos y sencillos del tráfico mercantil. Lo contrario sería fácilmente acreditado por la entidad bancaria. Lejos de eso la prueba principal que tenemos es que las partes tenían en ese momento vigente una póliza de crédito con un límite de unos 12.000 euros, hecho indiciario que permite concluir el tipo de empresa al que nos enfrentamos, careciendo de sentido que una mercantil así contrate de manera consciente un producto financiero que por más que se diga por el banco, tiene una naturaleza compleja y un alto nivel de riesgo, y que se firma desvinculado de ninguna otra operación, es decir sin ser destinado a cubrir riesgos concretos derivados de la existencia de otra operación financiera. Más al contrario parece que el demandante realizó la contratación en la creencia de que estaba firmando una financiación, y no ninguna cobertura de riesgos o producto de derivados.

De las pruebas practicadas en la vista, en concreto de la propia declaración del Sr. F , de la declaración del Sr. , como persona que asumió la dirección de la sucursal tras la marcha del Sr. y de los documentos 5 a 11 de la demanda, se acredita que el banco, tras negociaciones con el cliente derivadas de las reclamaciones efectuadas por este al observar los cargos negativos del primer año de vigencia del contrato y su manifiesta voluntad de terminar con la relación contractual, proceden a cancelar el mismo sin conste para el cliente y devolviéndole la cantidad de 3.500 euros, de modo que el cargo real para " ", se quedó en unos 500 euros. No obstante este acto del banco, sostiene el demandante que no fue gratuito si no que vino condicionado a la firma de una nueva confirmación de permuta de intereses financieros de tipos de interés denominada "Swap Bonificado con Barrera Knock-in In Arrears", lo que suponía un nuevo contrato de similares características por una duración de otros tres años. Este hecho fue también reconocido por el Sr. en su declaración ante la Sala. Ambos documentos, el de cancelación y el de confirmación son de la misma fecha 16 de febrero de 2006. A este respecto manifestó el Sr. que firmó dicha confirmación, debido a que si no lo hacía, el banco cargaría en su cuenta la cantidad liquidada a su favor por un importe de 20.267,72 euros, que le suponía, descontado lo recibido durante el año, un cargo real de 4.083,83 euros, más los 3.650 euros de gastos de cancelación. Que actuó así porque, pese a que el nuevo director de la Sucursal Sr. le explicó ya el tipo de producto que había contratado y su funcionamiento, le garantizó que con las modificaciones realizadas en el nuevo contrato no iba a sufrir pérdidas. Por su parte el Sr. reconoce que el demandante se puso en contacto con él a finales de 2005, pues desconocía a que se debía el cargo que se le había hecho de 4000 euros, que él se lo explicó y que en ese momento manifestó que no quería seguir adelante con el contrato. Ante esto el Sr. le explicó que solo había dos opciones que eran la cancelación del contrato con el consiguiente coste o la firma de uno nuevo, con la necesaria explicación del funcionamiento y con ejemplos prácticos. Cuando se le pregunta al Sr. Sainz por qué se le ofreció la posibilidad de cancelar el anterior sin coste y la firma de uno nuevo, manifiesta que se obró así por razones comerciales, ya que el cliente les había puesto de manifiesto que no había entendido lo que había firmado y que no quería seguir adelante, pero que sin embargo la confirmación firmada en febrero de 2006 si que la comprendió.

Este es el punto más relevante de la presente demanda. Así si bien en el primer contrato firmado parece claro que el legal representante de la demandada no comprendió las características del producto que asumía, en esta segunda ocasión pueden producirse dudas al respecto de tal hecho, pues él mismo reconoció que sí sabía en esta ocasión el tipo de producto que firmaba, pero que lo hizo porque se le dijo

que no iba a sufrir pérdidas. En este punto, y dada la jurisprudencia y legislación recogida en esta resolución, entiende esta juzgadora que el error en la contratación sigue presente en este segundo contrato, y es un error creado por la entidad bancaria, pues habiendo asumido la existencia de un error en el contratante en cuanto al primero de los contratos suscritos por él y que se evidencian en la cancelación sin gastos del mismo, continúa dando pie a esa circunstancia creando esperanzas en el cliente de sufrir mínimas pérdidas, cosa que determina una nueva falta de diligencia en la información prestada, y ahora a sabiendas de que la mercantil no cumple el perfil como destinataria de tales productos, faltando por tanto a la diligencia que se le exige en esta materia, es decir la del representante leal y ordenado empresario. Y esto se dice porque recomienda nuevamente al cliente un producto financiero de unas características que ya se ha demostrado claramente inadecuado para el mismo, y el cliente lo acepta ante la circunstancia de evitarse un cargo anual para su empresa de casi 8.000 euros, en la buena fe y en la confianza que le ofrece la entidad bancaria.

Esta tendencia del banco a mantener esta relación contractual, en contra de las normas de diligencia que se le exigen en el tráfico mercantil, se pone nuevamente de manifiesto al pasar el año de vigencia de esta segunda confirmación, cuando se informa al cliente del nuevo cargo que puede sufrir, manteniéndose en el documento número 12 y 11 de la demanda reconvenicional, donde se explica al cliente que la liquidación de tal período podrá ascender a unos 43.000 euros, y que a la vista de los ingresos recibidos en dicho período, le supondría a " " un cargo negativo de unos 11.388 euros, al tiempo que en documento a parte se le informaba que la cancelación de la actual permuta ascendería a unos 30.100 euros, cosa de acuerdo con los ingresos obtenidos, supondría un cargo real para la empresa de 8.529,98 euros.

Ante esta tesitura el cliente opta por pactar la cancelación anticipada de la permuta cuyo coste final se cifra en 30.600 euros, y aquí la demanda reconvenicional se pone en conexión con la principal, pues ambos contratos, la permuta financiera y la póliza de crédito, estaban vinculados a la misma cuenta, y en ella se hicieron los cargos descritos arrojando por tal motivo el resultado negativo a fecha de vencimiento de la póliza de crédito.

Como conclusión final de lo dicho, entiende quien suscribe que los contratos objeto de la demanda reconvenicional deben declararse nulos, por concurrir vicio en el consentimiento del contratante, cuyo origen se encuentra en una defectuosa y negligente, actuación de la entidad demandada, quien no informó debidamente a su cliente de los riesgos que asumía y ofertó de manera inadecuada productos financieros de alto riesgo sin realizar las actuaciones de información a que viene obligado conforme ha quedado dicho

en la presente resolución, hecho que motivó la celebración del primero de los contratos y, tras su cancelación, vició también la voluntad del demandante en la celebración del segundo.

Lo que acabamos de señalar supone que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil, pues concurriendo un vicio invalidante en la prestación del consentimiento por parte de "...", la consecuencia necesaria es la declaración de nulidad de ambos contratos de permuta financiera, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior a su celebración. Deberá procederse a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula en la cuenta asociada.

SEXTO.- Con respecto a la reclamación de indemnización en concepto de daños y perjuicios solicitada por la actora reconvenicional, entiende esta juzgadora que no procede su admisión pues no se considera acreditada adecuadamente ni su concreta existencia ni la directa o única responsabilidad de la demandada en la inclusión de "..." en el Registro del Banco de España como entidad de riesgo.

En conexión con lo dicho, y en coherencia con lo solicitado en la demanda reconvenicional, no habiendo lugar a la indemnización interesada por la actora, no procede hacer pronunciamiento en cuanto a los intereses peticionados al respecto de la misma.

SÉPTIMO.- Dicho todo lo anterior, pasamos ahora a analizar lo solicitado por "Banco Santander" en su demanda. Señalar al respecto que ciertamente la empresa "...", formalizó, tal y como consta en los documentos unidos a la causa y que conforman los números 2 y 3 de la demanda de juicio monitorio, origen de este procedimiento, una póliza de crédito con el Banco Santander, el día 5 de mayo de 2003. A través de la misma se concedía a la empresa un crédito de 12.020,24 euros, y se abrió una cuenta corriente vinculada a la misma con número (...), en donde se iban cargando las operaciones de la empresa acreditada conforme a lo pactado. Ese contrato vencía el 30 de abril de 2004, pero las partes lo prorrogaron firmando una cláusula adicional a la póliza, el 7 de junio de 2005, por la que además de ampliar el crédito a la cifra de 18.000 euros, establecieron que la fecha de vencimiento sería al año, pero que este plazo se prorrogaría tácitamente por otro más si ninguna de las partes solicitaba la cancelación, quedando definitivamente vencido el contrato el 30 de abril de 2007.

Dentro del clausulado de dicha póliza, debidamente intervenida por notario, se pactó que "vencido el contrato, el Banco efectuará el cierre de la cuenta de crédito, con la liquidación de intereses, comisiones y gastos que procedan a

la fecha de vencimiento. Cerrada la cuenta de crédito, el saldo que resulte deberá ser satisfecho por el acreditado", incluyendo en la condición novena de las generales de dicha póliza que "Reclamación por vía judicial. A efectos de lo dispuesto en el artículo 572.2 de la LEC, se pacta expresamente por los contratantes, que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el Banco en la forma convenida en el presente contrato".

A la vista de tal regulación, a fecha de vencimiento del contrato, 30 de abril de 2007, el Banco procede a realizar la liquidación y determina la existencia de un descubierto en la cuenta corriente de "Maditex", cuyo importe asciende a la cantidad reclamada.

Así las cosas, entiende la demandada que la deuda reclamada no puede considerarse debidamente acreditada por parte de la entidad bancaria, que conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, es sobre quien recae la carga probatoria.

A la luz de lo señalado, se aporta por la actora la liquidación del contrato suscrito entre las partes a fecha de vencimiento y realizado por la entidad bancaria, acompañado de los apuntes contables de la misma y por los distintos movimientos de la cuenta en cuestión desde el 1 de enero de 2007 al 30 de abril de 2007, fecha de su cierre y vencimiento del contrato. A esto hay que sumar que en el interrogatorio realizado al Sr. [Nombre], este admitió haber dejado voluntariamente la cuenta en cuestión en descubierto, argumentando que en ella se hacían cargos derivados del contrato de permuta financiera que formalizó erróneamente con la entidad bancaria y que son objeto de la demanda reconvenicional.

Dicho esto, no podemos perder de vista que en la cuenta abierta con ocasión de la póliza de crédito se hacían también los cargos y abonos del contrato de permuta financiera declarado nulo conforme a los Fundamentos anteriores. Así no hay más que ver que consta en los movimientos de la cuenta aportados por la actora un cargo de 30.600,01 euros hecho el 19 de abril de 2007, que coincide con el cargo por la cancelación de la confirmación de la permuta financiera firmada por las partes el 16 de febrero de 2006. Este hecho no es baladí y ha sido obviado por la actora principal, siendo que el descubierto de la cuenta cuyo pago reclama en este procedimiento tiene su origen en tales operaciones.

Por todo ello, y habiéndose declarado nulos los contratos marco de operaciones financieras y las confirmaciones de permuta financiera firmados por las partes, no puede acogerse lo solicitado por la entidad bancaria demandante, pues la cantidad reclamada como debida por "Maditex", no ha quedado acreditada, debiendo aplicarse las normas de carga de prueba previstas en el artículo 217 de la LEC, lo que supone que la pretensión de la actora deberá ser desestimada.

OCTAVO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, las costas derivadas de la demanda principal deberán ser impuestas a la parte actora.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.2 de la misma norma, respecto a la demanda reconvenional, cada parte abonará las costas causadas a su instancia siendo las comunes abonadas por mitad, y ello por no apreciarse temeridad en la conducta de ninguno de los litigantes.

FALLO

Desestimo íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Dña. Elena Astigarraga Albístegui, en nombre y representación de "Banco Santander, S.A.", frente a la mercantil "...", condenando a la actora a las costas en este procedimiento derivadas de la misma.

Estimo parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Dña. ... en nombre y representación de "..." frente a "Banco Santander, S.A.", y en consecuencia declaro nulos y sin efecto alguno el "Contrato marco de operaciones financieras", firmado entre las partes el 29 de diciembre de 2004, así como su anexo o condicionado particular denominado "Operación de Permuta financiera de tipos de interés (swap diferido Plus 3 x 12 Plus)", y el contrato denominado "Confirmación de permuta financiera de tipos de interés: Swap Bonificado escalonado con barrera Knock-In in Arrears", firmado por las partes el 16 de febrero de 2006; procediéndose en consecuencia, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por la demandada reconvenional en la cuanta asociada a dicho contrato de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto de la otra.

No procede indemnización en concepto de daños y perjuicios.

Cada litigante abonará las costas causadas a su instancia, siendo las comunes abonadas por mitad.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (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 4762 0000 04 0052 10, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un

"Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en DURANGO (BIZKAIA), a 11 de febrero de 2011.