

Pilar Lanza
puente

**1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE AMURRIO,
UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

**AMURRIOKO LEHEN AUZIALDIKO ETA
INSTRUKZIOKO 2 ZK.KO ZUZENEKO LAGUNTZA
EMATEKO UNITATE PROZESALA**

ELEXONDO 33 - C.P./PK: 01470
TEL: 945-026993/94
FAX: 945-026992

COLEGIO DE PROCURADORES
NOTIFICACION

05 MAYO 2011

NIG / IZO: 01.01 2-10/001296

Pro.ordinario L2 / Proz.arrunta 2L 331/2010 - GENERICO

SENTENCIA Nº 40/2011

En Amurrio, a veintinueve de abril de dos mil once.

Juez que la dicta: Trinidad Cuesta Campuzano.

Demandante: S.L.
Procuradora: Soledad Burón Morilla.
Letrada: Pilar Lanza Puente.

Demandada: Banco Santander, S.A.
Procuradora: Alicia Arrizabalaga Iturmendi.
Letrado: Ernesto Benito Sancho.

Objeto del juicio: Solicitud de declaración de nulidad de diversos contratos firmados entre las partes por vicios del consentimiento en el demandante como consecuencia de error causado por la deficiente información proporcionada por la demandada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día veintiocho de octubre de 2010, la procuradora de los tribunales doña Soledad Burón Morilla, actuando en nombre y representación de S.L., presentó demanda de juicio ordinario contra Banco Santander, S.A. En tal demanda se terminaba suplicando que se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y de los contratos de permuta financiera suscritos, denominados "collar bonificado", con fecha de operación veintinueve de septiembre de 2005, "swap bonificado reversible media" con fecha de operación veintiséis de septiembre de 2006 y "swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap", con fecha de operación de veintiocho de septiembre de 2007. Consiguientemente, solicitaba que se declarase la nulidad de las

Pontevedra de siete de abril de 2010, de Asturias de veintitrés de julio de 2010, de Vizcaya, sección 4ª, de catorce de septiembre de 2010(...).

Por lo demás, ha de señalarse que, pese a la pretendida claridad de los contratos y sus anexos alegada por la entidad demandada, lo cierto es que una persona con unos conocimientos medios no puede venir a conocer, por tal lectura, el alcance y riesgos de los productos contratados. En efecto, se trata de contratos redactados de una forma oscura, en los que se destacan los pretendidos beneficios y se minimizan los riesgos. Es cierto que en tales documentos se recoge de forma lacónica y ambigua la posibilidad de que el contrato acarree consecuencias negativas para el cliente. Así, se recogen expresiones del tipo (...) el cliente puede verse perjudicado en entornos de bajadas de tipos de interés o (...) el producto es consistente con una visión de subida moderada de los tipos de interés a corto plazo, asumiendo el riesgo de conversión, o si se produjera una bajada de tipos, asumiendo una posición de menor pérdida respecto del tipo de interés de mercado que en la misma permuta contratada en su modalidad no convertible. Sin embargo, tales expresiones no son suficientemente ilustrativas como para que el cliente llegue a hacerse a la idea de que está asumiendo la posibilidad de llegar a perder más de 87.000 euros. De hecho, la testigo Itziar econoció en sede judicial que si bien el cliente sabía que con la firma del contrato contraía riesgos, nunca se le dio una cifra ni se le comentó la posibilidad de que las pérdidas pudieran llegar a ser tan cuantiosas. De hecho, no se ha acreditado que el banco le presentara a Coplasva, S.L. un cuadro explicativo que mostrara las posibles variaciones del escenario en función de los cambios en el tipo de interés.

Por lo demás, ha de decirse que en los contratos suscritos se recoge una cláusula en la que se hace constar que las partes conocen y aceptan los riesgos de la operación y que ninguna de ellas ha sido asesorada por la otra sobre su conveniencia, sino que habrían actuado sobre las bases de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo. No obstante, no podemos pasar por alto el hecho de que nos encontramos ante contratos de adhesión que han sido íntegramente redactados por la entidad bancaria. De tal forma que resulta evidente que tal cláusula no acredita la existencia de un consentimiento libre y válidamente emitido.

A la vista de todo lo razonado y teniendo en cuenta la peculiaridad y complejidad de los productos contratados, el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones de información que hizo que S.L. adquiriera una noción incorrecta de la naturaleza del producto y de los costes económicos que podía acarrear, ha de concluirse que el consentimiento prestado por la mercantil demandante nació viciado.

QUINTO.-ERROR EXCUSABLE.

Hemos de examinar a continuación si el riesgo padecido por S.L. es excusable y permite, por lo tanto, la anulación de los contratos que ahora nos ocupan.

Para apreciar la excusabilidad del error se hace necesario atender a las circunstancias del caso. Tal requisito 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 (sentencia del Tribunal Supremo de trece de febrero de 2007).

El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados de la buena fe, habrán de valorarse todas las circunstancias que concurren en el caso, incluyendo las personales, tanto de quien padece el error como de la contraparte (sentencia del Tribunal Supremo de cuatro de enero de 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 ha de informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, siempre que tal información le sea fácilmente accesible.

En el caso que nos ocupa es necesario distinguir entre el diferente grado de diligencia exigible a cada uno de los agentes que intervinieron en la operación. Así, la demandada, como ya hemos adelantado, es un comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero. De tal forma que tiene la obligación de informar y asesorar a sus clientes y velar por sus intereses. Por su parte, la demandante es una pequeña empresa minorista que carece de personal cualificado con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que representa un producto financiero de alto riesgo.

Frente a las afirmaciones efectuadas por el Banco Santander en el sentido de que el administrador de [redacted], S.L. era un avezado empresario con conocimientos profundos sobre el funcionamiento de los productos bancarios, lo cierto es que su condición de empresario no le atribuye, automáticamente, la condición de experto financiero. De hecho, de la testifical practicada se desprende que don José Francisco [redacted] únicamente tenía contratados productos tales como líneas de crédito, descuentos, leasing y renting. Además, el mismo afirmó que su actividad empresarial se limitaba a los últimos quince años y su actividad laboral anterior fue como comercial de productos similares a los comercializados en la actualidad por [redacted] S.L. Ha de entenderse, pues, que el representante legal de la demandante es conocedor de la realidad mercantil que constituía el objeto de la sociedad a la que representaba, que no es necesariamente equivalente al mercado financiero en que se desarrollan tales operaciones. Tampoco cabe entender, como ya se ha razonado, suficiente la información proporcionada por la demandada.

La demandada alega que mientras [redacted] S.L. obtuvo liquidaciones positivas no planteó ninguna queja y que no fue hasta que el escenario cambió con la bajada de los tipos de interés y las consiguientes pérdidas para la actora que comenzaron las reclamaciones. A este respecto ha de decirse que es cierto que no es hasta el año 2010, después de que se produjo una fuerte bajada de los tipos de interés que originó grandes pérdidas para la actora, que ésta plantea quejas ante su banco. De hecho, durante los años 2006 y 2008 resultaron saldos favorables para el cliente, aunque sus ganancias fueron mucho más exiguas que las potenciales pérdidas, fruto del desequilibrio de riesgos asumidos por los contratantes. Ahora bien, es a partir de 2009 cuando comienzan los grandes cargos a [redacted] S.L. Y es entonces cuando la mercantil demandante acude al banco a pedir explicaciones. Frente a las alegaciones del banco de que ello indicaría un comportamiento fraudulento del cliente, ha de señalarse que el indicado sería el comportamiento normal de la generalidad de las personas. En efecto, si las liquidaciones fueron, en un principio, favorables a la actora, ello no sería más que la consecuencia lógica del producto que creía haber contratado y

que funcionaba como una cobertura ante la subida de los tipos de interés. De tal manera que no es hasta que comienzan las liquidaciones negativas que los responsables de S.L. descubren que el swap no era, en realidad, el producto que pensaban que habían contratado, dándose así cuenta del error en el que habían incurrido.

Es en ese momento cuando el cliente pretende la cancelación del producto. Cancelación que, según se le informa en el banco, tendría un coste, en el momento de solicitar información a este respecto, de 160.000 euros. Sin embargo, de la documental obrante en autos resulta que S.L. desconocía que la cancelación del producto pudiera llevar aparejado un coste tan elevado. Y es que en este punto volvemos a encontrar la oscuridad y ambigüedad que presiden todos los documentos contractuales. De hecho, lo que se recoge en los contratos suscritos es que el producto podría ser cancelado. Ello implicaría que tal producto tendría que ser valorado a precio de mercado y su valor de cancelación estaría determinado por las condiciones del mismo en ese momento. Sin embargo, no se recoge expresamente la fórmula que se utilizaría para calcular tal valor de cancelación. De hecho, todos los trabajadores del Banco Santander, en sus intervenciones en el acto del juicio, manifestaron desconocer la forma en que se obtenía el valor de cancelación, dado que tales operaciones se efectuaban por el departamento de Tesorería en Madrid. Igualmente, reconocieron que no sabían la fórmula que se aplicaba para obtenerlo. Solamente sabían que tal valor variaba todos los lunes en función del valor de mercado del producto en ese momento. Sin embargo, el cliente, a la hora de formalizar el contrato no recibió información a propósito de que cuanto más desfavorable le fuera el escenario, mayor sería el valor de cancelación, pudiendo alcanzar los más de 160.000 euros que se le reclamaron cuando efectuó su reclamación. Es más, debe tenerse en cuenta que hasta en dos ocasiones las partes, siempre a instancias de la entidad bancaria, procedieron a cancelar el producto y sustituirlo por otro en función de las circunstancias del mercado. Tal cancelación y sustitución, favorable para el banco, no llevó aparejado ningún coste de cancelación. Una vez el panorama comienza a ser desfavorable para el cliente, la demandada no ofrece ninguna posibilidad de revisión que, hasta entonces, sí había sido posible sin ningún coste para ella.

La consecuencia lógica de todo lo expuesto es entender que concurre un vicio invalidante en la prestación del consentimiento por parte de S.L. Tal vicio determina, necesariamente, la nulidad de los contratos celebrados. Tal apreciación hace innecesario entrar a examinar las peticiones subsidiarias efectuadas por la mercantil demandante.

SIXTO.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Alega la entidad bancaria que la acción ejercitada por S.L. estaría caducada. Ello por cuanto el primero de los contratos concertados entre las partes fue suscrito el veintinueve de septiembre de 2005 y cancelado el veintiséis de septiembre del año siguiente. De tal forma que cuando se interpuso la demanda, el veintiuno de octubre de 2010, ya habría transcurrido el plazo de cuatro años a que se refiere el artículo 1.301 del Código civil.

A este respecto debe decirse que la falta de consentimiento, al suponer la ausencia de uno de los requisitos esenciales del contrato enumerados en el artículo 1.261 del Código civil. Tal ausencia de consentimiento determina, necesariamente, la nulidad de pleno derecho e intensidad máxima del negocio jurídico. Nulidad que no

puede sanarse por el trascurso del tiempo, de suerte que la acción para hacerla valer no estaría sujeta a plazo de caducidad alguno.

En efecto es doctrina comúnmente aceptada la de que hay que distinguir diversos grados dentro de la invalidez de los contratos. Así, en primer lugar nos encontramos con la inexistencia y nulidad radical o absoluta, según que el contrato se haya celebrado faltando alguno de los requisitos esenciales del artículo 1.261 del Código civil o que, aun concurriendo tales elementos, se haya celebrado en oposición a leyes imperativas cuya infracción determine su ineficacia. En segundo lugar, nos encontraríamos con los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad, cuando la ineficacia es consecuencia de vicios del consentimiento en la formación de la voluntad, de falta de capacidad de obrar de uno de los contratantes o de falsedad de la causa.

Es criterio jurisprudencial unánime el de que el plazo de cuatro años, previsto en el artículo 1.301 del Código civil para el ejercicio de la acción de nulidad, se refiere, exclusivamente, a los contratos anulables. Sin embargo, en los casos de nulidad absoluta como el que ahora nos ocupa, la acción es imprescriptible y puede ser ejercitada, en cualquier momento, por cualquier tercero que resulte perjudicado por el contrato en cuestión (en este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de catorce de marzo de 2000 y de 14 de marzo de 1983). Es más, tales vicios pueden ser, incluso, apreciados de oficio por el propio tribunal enjuiciador (sentencia del Tribunal Supremo de veintinueve de octubre de 1949).

Consecuentemente, en el caso que nos ocupa, que, como ya hemos razonado, es un supuesto de nulidad radical, no puede entenderse que se ha producido, como pretende la demandada, la caducidad de la acción.

SÉPTIMO.- CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DEL CONTRATO.

Conforme al artículo 1.303 del Código civil, la declaración de nulidad de un contrato determina que los contratantes hayan de restituirse reciprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y al precio, con sus intereses. Ello supone que ha de estimarse íntegramente la pretensión principal contenida en la demanda. De forma que Banco Santander, S.A. habrá de restituir a S.A. las cantidades satisfechas por ésta hasta la fecha de interposición de la demanda, así como las devengadas con posterioridad. Tales cantidades habrán de verse minoradas por las que, a su vez, haya percibido Coplasva, S.A.

OCTAVO.- COSTAS

El artículo 394 de la Ley de enjuiciamiento civil dispone que las costas se impondrán al litigante que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. A la vista de lo recogido en tal precepto, procede la imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada, dado que se da una estimación íntegra de la demandada.

Por todo lo cual y vistos los preceptos legales citados y todos los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando íntegramente las pretensiones deducidas en la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales doña Soledad Burón Morilla, en nombre y representación de _____, S.L., como parte demandante, contra Banco Santander, S.A., como parte demandada, declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y de los contratos de permuta financiera suscritos, denominados "collar bonificado", con fecha de operación veintinueve de septiembre de 2005, "swap bonificado reversible media", con fecha de operación veintiséis de septiembre de 2006, y "swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap con knock-out", con fecha de operación veintiocho de septiembre de 2007. En su virtud, condeno a las partes a que se restituyan recíprocamente los pagos efectuados a raíz de las liquidaciones practicadas al amparo de tales contratos hasta la fecha de la presente resolución, con los intereses legales.

Se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA (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 0003000004033110, 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, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

liquidaciones practicadas al amparo de tales contratos y las que se practicasen hasta el dictado de sentencia, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz de estas operaciones, con intereses legales. Subsidiariamente, se pedía que se declarase la nulidad o, subsidiariamente, se anulasen y, en cualquier caso, se dejaran sin efecto las cláusulas relativas a los importes pagaderos fijados por el cliente, debiendo abonar en esos casos el cliente el mismo importe variable que el banco y las relativas a los costes y causas de cancelación anticipada del contrato, permitiendo y acordando, de admitirse esta pretensión, la cancelación o resolución anticipada de los contratos sin coste alguno para las partes. Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.

SEGUNDO.- Mediante decreto dictado el veintitrés de noviembre del pasado año, fue acordada la admisión a trámite de la referida demanda, declarándose este juzgado competente para su conocimiento y tramitación por los trámites del procedimiento ordinario. Igualmente, se concedió a la demandada el plazo de veinte días para contestar a la demanda.

TERCERO.- La procuradora de los tribunales doña Alicia Arrizabalaga Iturmendi, actuando en nombre y representación de la entidad Banco Santander, S.A., presentó, el día tres de enero del corriente, escrito de contestación a la demanda.

En consecuencia, este juzgado dictó, el día trece de enero del presente año, diligencia de ordenación teniendo por contestada la demanda. Al mismo tiempo, se señalaba, como fecha para la celebración de la audiencia previa, el día veintidós de febrero de 2011.

CUARTO.- Llegado el día señalado para la audiencia previa, habiendo sido debidamente citadas, comparecieron todas las partes, por lo que se procedió a la celebración del acto.

En el momento de proposición de prueba, la actora solicitó que se tuviera la documental por reproducida; además, aportó nueva documental consistente en noticias de prensa relativas a los contratos del tipo de los que constituyen el objeto del presente procedimiento y solicitó que se requiriese a la demandada a efectos de que aportase la publicidad, cartas, anuncios, folletos o comunicaciones llevados a cabo por el Banco Santander para promover, informar o comercializar la contratación de coberturas de tipos de interés desde el año 2005; la información entregada a la actora referida a cada uno de los contratos suscritos desde el 2005 en la que se recogieran los escenarios, costes, previsiones de evolución de los tipos y cómo funciona como cobertura para los riesgos o financiación suscrita por la actora con el Banco Santander; la evaluación efectuada por la demandada sobre los conocimientos y experiencia inversora de la actora, así como de sus objetivos de inversión y solvencia; las comunicaciones mantenidas entre la sucursal de Amurrio con cualesquiera otros departamentos de la entidad demandada en relación a los contratos cuya nulidad se interesaba; el valor contable de los swaps contratados por el Banco Santander desde la contratación hasta la actualidad; las circulares internas, fichas de producto y cualesquiera otros documentos de carácter interno o externo en los que se informara a los clientes o empleados sobre la naturaleza, funciones, riesgos y ventajas derivados de la contratación de coberturas de tipos de interés; los informes realizados o entregados a los miembros de la comisión ejecutiva de la entidad, de la comisión delegada de

riesgos, de la comisión de auditoría y cumplimiento, división de activos y pasivos, división o departamento de tesorería en el período de 2005 a 2008 en los que se hiciera referencia a las previsiones en cuanto a la evolución futura de los tipos de interés y de las medidas de cobertura que se pudieran adoptar; memoria e informes financieros anuales de los ejercicios 2005, 2006 y 2007 y, en especial, la parte en la que se hace expresa alusión a la gestión del riesgo; manual de procedimientos para la venta de productos financieros del año 2004; fichas o documentos por los cuales la demandada decidió lanzar o empezar a comercializar dichas coberturas que se suelen llevar a cabo por el comité, división o departamento de productos encargado del diseño y evaluación de la conveniencia o interés de crear y comercializar nuevos productos financieros y sus características, en especial, los existentes entre los años 2005 y 2007; certificación de las reclamaciones recibidas tanto por el servicio de atención al cliente, las oficinas o sucursales o el defensor del cliente de la entidad en el que se contenga el número de reclamaciones recibidas derivadas de la contratación de productos de cobertura, distinguiendo entre personas físicas y jurídicas, número de reclamaciones que han sido atendidas por la entidad y los informes entregados a los órganos de dirección en los que se haga referencia a las reclamaciones por parte de la clientela derivadas de la contratación de coberturas, medidas analizadas, propuestas de mejora o de solución, etc.; y documentación en la que se recogieran los objetivos de contratación de coberturas de tipos de interés asignados a la sucursal de Amurrio entre los años 2005 y 2007 e incentivos al personal por su contratación y/o comercialización. La actora, además, propuso la testifical de don José Francisco

quien era el administrador de la entidad demandante en el momento de firma de los contratos objeto del procedimiento; y de don Jorge José doña Itziar y doña Vanesa trabajadores todos ellos de la sucursal del Banco Santander de la localidad de Amurrio y que intervinieron en la celebración de los contratos en cuestión.

Por su parte, el letrado del Banco Santander propuso que se tuviera la documental por reproducida; el interrogatorio de la parte demandante, en la persona de su representante legal; y la testifical de don Jorge José doña Itziar y don José Francisco.

Se declaró pertinente y se admitió toda la prueba propuesta. Tras ello, se señaló, como fecha para la celebración del acto del juicio, el día diecinueve de abril del corriente. Seguidamente, se dio por concluido el acto.

QUINTO.- Llegado el día señalado para el juicio, comparecieron todas las partes, por lo que se procedió a la celebración del acto.

En él, el letrado del Banco Santander manifestó que renunciaba a que se practicara el interrogatorio de la parte demandante.

Seguidamente, se practicó la prueba previamente declarada pertinente y admitida, con el resultado que obra en autos. A continuación, las partes formularon sus conclusiones, tras lo cual se dio por concluido el acto y quedaron los autos en la mesa de su señoría a efectos de dictar sentencia.

que incorporan un riesgo implícito para las dos partes que lo suscriben. De tal modo que la bajada de los tipos de interés, que es uno de esos riesgos, no puede en ningún caso considerarse como alteración de las circunstancias esenciales que se tuvieron en cuenta para su celebración.

SEGUNDO.- ACCIÓN EJERCITADA.

La acción ejercitada en el presente caso no es otra que la de nulidad de los contratos suscritos entre las dos partes del presente procedimiento.

De la documental obrante en autos se desprende que S.L. y Banco Santander, S.A. habrían celebrado los siguientes contratos a los que se refiere el presente procedimiento:

- Contrato marco de operaciones financieras (CMOF), de fecha veintinueve de septiembre de 2005.
- Contrato de permuta financiera de tipos de interés ("collar bonificado"), de fecha veintinueve de septiembre de 2005, con duración de cinco años.
- Contrato de permuta financiera de tipos de interés ("swap bonificado reversible media"), de fecha veintiséis de septiembre de 2006, con duración de cinco años.
- Contrato de permuta financiera de tipos de interés ("swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap con knock-out"), de fecha, veintiocho de septiembre de 2007, con duración de cinco años.
- Contrato marco de operaciones financieras (CMOF), de fecha diecisiete de octubre de 2007.

Tal pretensión de nulidad se funda en la existencia de vicios en la formación del consentimiento prestado por S.L. Tales vicios tendrían su origen en la concurrencia de error al haber contratado los productos referidos sin saber exactamente en qué consistían los mismos y en la omisión por parte de la entidad bancaria de su obligación de asesorar convenientemente a su cliente.

Hay que decir a este respecto que el consentimiento es un requisito esencial del contrato cuya ausencia determina su nulidad. El conocimiento es un acto receptivo indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, pero no equivale al consentimiento, que es un acto valcrativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (sentencia del Tribunal Supremo de veinte de abril de 2001). En el mismo sentido, el error obstativo es un supuesto de falta de coincidencia entre la voluntad y la declaración en el negocio jurídico. Tal desacuerdo ha de ser inconsciente y excluye la voluntad interna. De tal modo que el negocio jurídico sería inexistente.

La parte actora lo que alega para pedir la nulidad es, precisamente, error en el consentimiento. Tal error tendría su origen en el desconocimiento de lo que realmente estaba contratando. Desconocimiento motivado por la deficiente información proporcionada por la entidad bancaria sobre el tipo de contrato que firmaba y sus consecuencias reales.

El artículo 1.266 del Código civil exige, para que el error invalide el negocio, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (en este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de doce de noviembre de 2004, de veinticuatro de enero de 2003 y de doce de julio de 2002). Es necesario, además, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (sentencia

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HECHOS CONTROVERTIDOS

I. En el presente procedimiento S.L. solicita que se declare la nulidad de varios contratos de permuta financiera de tipos de interés firmados entre las partes en los años 2005, 2006 y 2007 y, consiguientemente, de las liquidaciones practicadas a su amparo y de las que se practicasen hasta que recayese sentencia. Subsidiariamente, pide que se declare la nulidad y se dejen sin efecto determinadas cláusulas contenidas en tales contratos.

Tal reclamación tendría su origen, en primer lugar, en la existencia, en S.L., de vicios del consentimiento como consecuencia de la deficiente información proporcionada por el Banco Santander. Tal deficiencia de información alcanzaría, no sólo al hecho de que la demandante desconocía la posibilidad de sufrir pérdidas como las que padeció, sino también al hecho de que no se le comunicó el coste de una cancelación anticipada. De tal modo que, con carácter previo a la celebración del contrato, el personal del Banco Santander únicamente habría comunicado a la actora los beneficios que el mismo le podía reportar, pero minimizando los riesgos. Además, existiría una enorme desproporción entre los riesgos asumidos por cada una de las partes, que serían mínimos para el banco y exagerados para el cliente. En segundo lugar, afirma la demandante que el contrato sería nulo por contener cláusulas que, al amparo de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, serían nulas. Por último, hace referencia la actora a la cláusula *rebus sic stantibus*.

II. La entidad demandada, por su parte, niega la existencia de error, falta de voluntad o voluntad viciada en el representante legal de S.L. en el momento de formalizar los contratos objeto del presente procedimiento. Asegura que la información que se le proporcionó en los momentos previos a la firma de los contratos era suficiente como para que la demandante tuviera conocimiento de la existencia de un riesgo de pérdida para ella. Máxime si se tiene en cuenta que el que era representante legal de S.L. en ese momento era un experimentado empresario con un conocimiento suficiente de la forma en que funcionan los productos financieros. Tal argumento se vería reforzado por el hecho de que el contrato originariamente firmado fue renegociado hasta en dos ocasiones. A todo ello habría que añadir el hecho de que no es hasta el momento en que las liquidaciones comienzan a ser negativas para el cliente como consecuencia de la caída de los tipos de interés, que Coplasva, S.L. manifiesta su intención de cancelar el contrato que le vincula con el Banco Santander. De tal modo que, de existir error alguno, éste no sería esencial y sería imputable a la demandante e inexcusable, por lo que no tendría trascendencia para considerar nulos los contratos celebrados.

Por otro lado, sostiene que la acción para pedir la nulidad del primero de los contratos firmados, el "collar bonificado", habría caducado. Ello por cuanto tal contrato se firmó el veintinueve de septiembre de 2005 y su último acto de ejecución, que no sería otro que su cancelación, acaeció el día veintiséis de septiembre de 2006.

En tercer lugar, el Banco Santander niega que se pueda aplicar al caso la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, por cuanto que S.A. no tendría tal carácter a los efectos de la mencionada ley.

Por último, la mercantil demandada niega que pueda aplicarse al caso la cláusula *rebus sic stantibus*. Ello por cuanto nos encontraríamos ante unos contratos

del Tribunal Supremo de veintiséis de diciembre de 1964); que no sea imputable a quien lo padece (sentencia del Tribunal Supremo de dieciséis de diciembre de 1957); y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico concertado (sentencia del Tribunal Supremo de dieciocho de abril de 1978)

Se hace preciso, a continuación, analizar la naturaleza de los contratos suscritos a efectos de decidir si medió o no el error de consentimiento alegado.

TERCERO.- NATURALEZA DE LOS CONTRATOS.

Nos encontramos en este supuesto ante unos contratos de swap. Los dos contratos marco de operaciones financieras suscritos por las partes lo definen como "aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un período de duración acordado". Se trata de un pacto por el cual las partes acuerdan intercambiar tipos de interés especulando con que superarán o no ciertos límites, máximos o mínimos, a partir de los cuales quedan obligadas a reintegrar a la otra, durante el tiempo que hayan convenido (sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de dieciocho de enero de 2011).

La naturaleza de estos contratos aparece analizada en la sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de veintisiete de enero, de veintinueve de octubre, de diez y de dieciséis de diciembre de 2010 y de once de febrero de 2011, conforme a las cuales *Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 del Código civil y 50 del Código de comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, solo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suscribe un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiene de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1.799 Código civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.*

En el presente caso, son tres los contratos celebrados por el Banco Santander y S.L.

A través del primero de ellos ("collar bonificado"), suscrito el veintinueve de septiembre de 2005, el banco se comprometía a abonar trimestralmente un tipo de interés variable (Euribor tres meses), fijado al comienzo de cada período trimestral. Por su parte, el cliente se obligaba a pagar anualmente un tipo de interés variable fijado al

final del período con un tipo mínimo en el caso de que el Euribor diferido fuera igual o inferior al tipo cap. En el caso de que el Euribor diferido fuera mayor al tipo cap pero igual o inferior al nivel de desactivación del tipo cap, tendría que pagar el tipo cap. Y si el Euribor diferido fuera superior al nivel de desactivación del tipo cap, tendría que pagar un tipo de interés variable fijado al final del período, menos una bonificación.

Con el segundo contrato ("swap bonificado reversible media"), celebrado el veintiséis de septiembre de 2006, el banco se obligaba a abonar trimestralmente un tipo variable (Euribor 12 meses) fijado al inicio de cada período de cálculo. Por su parte, S.L. debería pagar anualmente el tipo fijo correspondiente, en el caso de que el tipo variable medio trimestral fuera igual o inferior al tipo barrera knock-in correspondiente. En el caso de que el tipo variable medio trimestral fuera superior al tipo barrera knock-in, debería pagar el tipo variable medio trimestral menos el diferencial correspondiente.

Mediante el último de los contratos ("swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap con knock-out"), celebrado el veintiocho de septiembre de 2007, el banco se obligaba a pagar trimestralmente un tipo variable (Euribor tres meses) fijado al inicio de cada período trimestral. Mientras el banco no ejercitara la opción de conversión unilateral, el cliente tendría que abonar trimestralmente un tipo fijo. En el caso de que el banco ejercitase la opción de conversión unilateral, S.L. debería pagar trimestralmente el tipo variable (Euribor 3 meses), en el caso de que el tipo variable fuera inferior o igual al tipo cap o superior al tipo barrera knock-out. En el caso de que el tipo variable fuera superior al tipo cap e inferior o igual al tipo barrera knock-out, el cliente tendría que pagar el tipo cap. A partir de la primera fecha de conversión unilateral, aunque el banco no hubiera ejercitado la opción de conversión unilateral, si en cualquier período de cálculo durante la vida de la operación el tipo variable fuera superior al tipo cap e inferior o igual al tipo barrera knock-out,

S.L. pagaría, para ese período de cálculo, el tipo fijo menos la diferencia resultante entre el tipo variable fijado para ese período de cálculo y el tipo cap.

CUARTO.- VICIOS EN LA VOLUNTAD.

En el supuesto que ahora nos ocupa, la entidad demandante alega haber sido objeto de un intencionado equívoco provocado por el banco demandado, que se habría amparado en la confianza que en él tenía depositado su cliente. Debe tenerse en cuenta que, en su intervención en el acto del juicio, José Francisco

manifestó que hacía años que era cliente del Banco Santander y tenía contratado con éste diversos productos, tales como líneas de crédito, leasing o renting. Tal circunstancia fue confirmada por los trabajadores del banco que depusieron en el juicio.

La actora afirma que no era consciente del contenido y efectos de los contratos que firmaba. Ello por cuanto pensaba que estaba suscribiendo una suerte de seguro que le cubriría de los riesgos que una subida de los tipos de interés podría acarrearle. De tal modo que desconocía que estaba suscribiendo un contrato especulativo, con un alto riesgo económico que podía acarrearle pérdidas como las que de hecho llegó a tener.

A este respecto, ha de decirse que la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información ofrecidos por el prestador de productos como los que ahora nos ocupan recae sobre el profesional financiero. De hecho, la diligencia que ha de exigirse a éste 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. Tal distribución de la carga de la prueba es lógica, si tenemos en cuenta que desde la perspectiva del cliente nos encontraríamos ante un hecho negativo, cual es la ausencia de información (en este sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de veintiséis de abril de 2006).

A propósito del deber de información de las entidades financieras, ha de decirse que la tendencia del legislador ha sido cada vez más proteccionista para el cliente. Sobre todo cuando éste es un particular o una pequeña empresa. De hecho, la Ley 24/1988, de veintiocho de julio, del Mercado de Valores, en su redacción vigente en el momento de celebración de los contratos objeto del presente procedimiento, incluye en su ámbito, en su artículo dos, entre otros instrumentos, los contratos de permuta financiera de tipo de interés, sea cual sea la forma en que se liquiden y aun cuando no sean objeto de negociación en ningún mercado secundario. Y sus artículos 78 y siguientes exigían a aquellas personas o entidades que, de forma directa o indirecta, ejercieran actividades relacionadas con el mercado de valores (incluidas las entidades de crédito), una serie de normas de conducta. Entre ellas se incluía la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. En desarrollo de lo contenido en la referida ley fue dictado el Real decreto 629/1993, de tres de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, vigente en el momento de suscripción de los contratos formalizados entre Banco Santander y S.L. Tal real decreto imponía a las entidades la obligación de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de la que dispusieran en cuanto pudiera ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión. Además, les obligaba a dedicar a cada uno de sus clientes el tiempo y atención adecuados para encontrar los productos y servicios más adecuados a sus objetivos. Igualmente, se establecía que la información proporcionada a los clientes habría de ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, especialmente en el caso de productos de alto riesgo. De tal manera que el cliente había de conocer con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Los contratos de permuta financiera de tipos de interés son productos financieros con cierto grado de complejidad que, aun cuando son frecuentes en los últimos tiempos, no están al alcance de la mayoría del público que solicita servicios bancarios, que carece de los conocimientos suficientes para captar su verdadero sentido y trascendencia. De tal forma que, a la vista de lo expuesto, es necesario que la entidad financiera ofrezca a sus clientes una información clara y suficiente de forma que éstos sean conscientes, en particular, de la posibilidad de que, en el caso de una bajada de los tipos de interés, las liquidaciones periódicas pueden ser negativas, entrañando, incluso, graves pérdidas; así como de que la cancelación anticipada puede conllevar un alto costo para él, mayor cuanto más bajos sean los tipos de interés y, por tanto, más elevadas las pérdidas.

La complejidad de tales productos es patente. A este respecto, llama la atención el hecho de que preguntado, en el acto del juicio, don Jorge José director de la sucursal de Amurrio en el año de 2006 y quien ofertó los productos que ahora nos ocupan a S.L., por el contenido de tales contratos, el mismo fue

incapaz de explicar en qué consistían los mismos. Resulta ilustrativo el hecho de que la persona que ofertó y vendió tales productos a la demandante (y quien sabía que había de concurrir al acto del juicio como testigo) fuera incapaz de explicar el contenido y funcionamiento de los mismos. Pese a ello, manifestó que el cliente había sido oportunamente informado de los riesgos que la firma de tales contratos acarrearía. Resulta bastante extraño el hecho de que la persona que vendió el producto no recuerde su funcionamiento pero sí haber informado puntualmente al cliente.

A partir de aquí, hemos de preguntarnos si en el caso de autos el Banco Santander proporcionó a [redacted] S.L. una información suficiente conforme a lo expuesto.

Para empezar, hemos de tener en cuenta que, tal y como se reconoció, tanto por don José Francisco [redacted] como por don Jorge José [redacted], fue la entidad bancaria quien se dirigió a [redacted] S.L. a efectos de ofrecerte la contratación del "collar bonificado". En los años posteriores y a la vista de la tendencia alcista de los tipos de interés, fue nuevamente el banco el que se dirigió a su cliente a efectos de revisar el producto vigente entonces y sustituirlo por otro. De tal forma que en todos los casos fue el banco el que asumió la iniciativa contractual.

El administrador de la entidad actora en el momento de celebrarse los contratos, don José Francisco [redacted], manifestó que el banco le ofreció tales productos como una especie de seguro para cubrirse de los riesgos que pudieran derivarse de una eventual subida de los tipos de interés. Pese a que la entidad niega que el producto se le ofreciera a la actora como un seguro, lo cierto es que el director de la sucursal que ofreció el producto manifestó, en sede judicial, que los swaps pueden funcionar como cobertura frente a una subida de los tipos de interés o como un producto especulativo. De hecho, en el anexo explicativo del funcionamiento producto collar bonificado se recoge que (el cliente) *consigue protección frente a subidas de los tipos de interés hasta el nivel de desactivación del cap. A partir de ese nivel el cliente vuelve a estar expuesto a tipo de interés variable, pero con una bonificación.* Del mismo modo, el anexo explicativo del funcionamiento del swap convertible con cap con knock-out dispone que *El cliente queda protegido ante subidas de los tipos de interés al estar referenciado a tipo fijo, y si la operación se convierte no pierde totalmente la protección sino que sigue teniendo un margen de protección...*

De tal forma que de la prueba practicada se desprende que es cierta la afirmación mantenida por la actora de que el banco vendió los productos objeto del presente procedimiento como una suerte de seguro para proteger frente a una eventual subida de los tipos de interés. De hecho, es esta la única posibilidad de que una entidad que no se dedica a la especulación financiera pero sí tiene contratadas líneas de crédito se muestre interesada en contratar estos productos. A este respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de dieciocho de enero de 2011 dispone que (...) *si lo que se ofrece, aderezado de múltiples explicaciones sobre la tendencia alcista de los mercados –que luego nunca se confirmó– es una forma de evitar las costosas consecuencias de tal elevación de tipos, el producto se vuelve más atractivo, aunque la explicación no responda fielmente a la naturaleza del mismo. Esta práctica ha sido criticada por numerosas resoluciones de Audiencia Provincial, referidas a supuestos de vicios del consentimiento, que cuestionan que pueda ofrecerse como seguro un contrato de permuta de tipos de interés o swap (sentencia Audiencia Provincial de Jaén, sección 3ª, de veintisiete de marzo de 2009, de*