

SENTENCIA n° 65

Juzgado de 1ª Instancia n° 7 de Alcorcón (Madrid)

Juicio Ordinario n° 305/2010.

Demandante:

Procurador demandante: Sr. Rego Rodríguez

Letrado demandante: Sr. Tamargo Menéndez

Demandado: BANCO SANTANDER SA.

Procurador demandado: Sr. Ibáñez de la Cadiniere.

Letrado demandado: Sr. Garnica Sainz de los Terreros.



En Alcorcón (Madrid), a dieciséis de mayo del dos mil once.

Vistos por mí, D. José Antonio Tejero Redondo, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia n° 7 de Alcorcón (Madrid), los presentes autos de JUICIO ORDINARIO DE DECLARACIÓN DE NULIDAD DE CONTRATO, seguidos ante este Juzgado por las partes arriba reseñadas:

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Ante este Juzgado, con fecha de 08/04/10, se presentó demanda de juicio ordinario para declaración de nulidad contractual, por el Procurador Sr. Rego Rodríguez, en nombre y representación del SL, en adelante el C, según poder general para pleitos, frente al BANCO SANTANDER SA, en adelante BANCO, y que en síntesis alegaba: que habiendo suscrito la parte actora como cliente, un contrato de apertura de cuenta corriente con la entidad demandada, así como, un contrato marco de operaciones financieras y un contrato de permuta financiera, entiende la parte actora que tales contratos devienen nulos por cuanto que existió de forma principal, vicio en el consentimiento por error, y subsidiariamente, la existencia de cláusulas oscuras y abusivas que han generado desproporción en las prestaciones; por ello, aporta los documentos y aduce los fundamentos de derecho que estima de aplicación y termina solicitando que: se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de tal contrato marco de operaciones financieras y su anexo de confirmación de permuta financiera, debiéndose las partes restituirse lo obtenido por virtud de tal contrato con sus frutos y el precio de sus intereses.

SEGUNDO.- Mediante Auto de fecha 23/07/10, se admite a trámite la citada demanda, de la que se da traslado a la parte demandada, quien mediante escrito de fecha 29/09/10, se interpone contestación a la misma, por el Procurador Sr. Ibáñez de la Cadiniere, en nombre y representación del BANCO SANTANDER SA, según poder general para pleitos, y que en síntesis alega: oposición a la

demanda por considerar válido el contrato objeto de esta litis, por lo que, aportan los documentos y aducen los fundamentos que estiman de aplicación, y terminan solicitando que se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda de contrario con imposición de costas al actor.

TERCERO.- En fecha de 08/02/11 se celebra la audiencia previa en donde comparecen todas las partes y, subsistiendo el litigio y no existiendo cuestiones procesales que obstan a la prosecución de la causa, se propusieron y admitieron las pruebas que se consideraron pertinentes, y se señaló juicio para el día 03/05/11.

CUARTO.- Con fecha de 03/05/11 se celebra el correspondiente juicio y una vez practicadas las pruebas admitidas, las partes formularon sus conclusiones de hecho y de derecho, quedando los autos pendientes de dictarse la resolución oportuna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En aras a una mayor claridad expositiva, es necesario diferenciar los hechos que han resultado admitidos por ambas partes, y por ende, que están exentos de prueba, respecto de aquéllos que han resultado controvertidos y que han de someterse a la prueba correspondiente a fin de dilucidar tal controversia.

En este sentido, y siguiendo el orden sistemático antes expuesto, de los escritos de demanda y de contestación a la demanda, se deriva que no existe controversia entre los litigantes, en cuanto a la realidad del contrato de cuenta corriente firmado en fecha de 15/05/08 entre los litigantes de este pleito, donde la entidad actora C actuaba como cliente mientras que el BANCO demandado en este pleito actuaba como entidad financiera y prestataria de tal servicio; contrato que obra como doc. n° 2 de la demanda, no impugnado por ninguna de las partes.

Del mismo modo, no resulta un hecho controvertido y por ende, resulta un hecho probado y admitido, la realidad de la firma del CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS, con igual fecha que el documento anterior, y que obra como doc. n° 3 de la demanda tampoco impugnado de contrario ni en cuanto a su contenido ni en cuanto a su firma.

Y ya finalmente y en materia contractual, ha resultado un hecho admitido por ambas partes, que junto con el CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS antes dicho, también denominado CMOF, se firmó en igual fecha de 15/05/08, un vínculo contractual denominado CONFIRMACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPO DE INTERÉS, también denominado SWAP, y que obra como doc. n° 4 de la demanda cuya firma tampoco ha sido negada ni impugnada por ninguno de los litigantes.

De igual forma, también ha resultado un hecho admitido que, en ejecución de los vínculos contractuales antes expuestos, la entidad C, esto es la

demandante en este pleito y cliente en sus relaciones con el BANCO demandado, percibió a su favor en la cuenta corriente que obra como doc. n° 2 de la demanda, las cantidades trimestrales de 1.916,67 euros durante tres trimestres, entre los meses de agosto del 2008 y febrero del 2009, si bien, a partir de tal mes, se han efectuado cargos liquidatorios a favor del BANCO por importes de 27.563,21 euros o 42.805,56 euros; según doc. n° 8 de la demanda, tampoco impugnado de contrario.

Y es llegado a este punto, donde surgen las primeras controversias que han de resolverse al amparo de las pruebas practicadas en este pleito, pues la entidad demandante C sostiene que su consentimiento prestado en los precitados CONTRATOS MARCO o CMOP y su PERMUTA FINANCIERA o SWAP, adolece de un vicio de consentimiento por error, al desconocer totalmente la verdadera naturaleza, trascendencia y mecánica de los mismos, que le fueron ofertados como una "gracia" o atención gratuita por el BANCO demandado, cuando decidieron iniciar con ellos diversas relaciones comerciales, de entre las que destacaban una eventual subrogación del anterior con la entonces entidad prestamista que sostenía con el C un préstamo hipotecario, esto es CAJA MAR, subrogación que no llegó a consumarse, aunque sí se consumaron los negocios controvertidos que subyacen en este pleito.

Por el contrario, la entidad financiera demandada o BANCO SANTANDER, sostiene a todo trance que sus empleados y directivos informaron en todo momento y de manera detallada sobre las diversas consecuencias, o en términos bancarios: "escenarios", en los que el C

podría encontrarse en base a las oscilaciones del Euribor, como tipo de referencia según el cual, el anterior centro podría obtener prestaciones económicas a su favor, si el anterior subía de forma notable, o bien, tener que abonar ellos una serie de liquidaciones a favor de la entidad bancaria, si el Euribor descendía por debajo de un tipo que operaba a modo de barrera inferior o suelo; extremo éste último que realmente aconteció hacia el año 2009 tras una situación de crisis económica mundial, a juicio de la entidad demandada, impredecible.

SEGUNDO.- Fijado en el ordinal anterior el principal hecho controvertido de esta litis, con carácter previo al examen de la prueba personal y documental obrante en autos, y a los efectos de la mejor comprensión de esta resolución, es necesario realizar una aproximación general sobre el estudio jurisprudencial que sobre estos contratos bancarios se ha efectuado, tanto en relación a su conceptualización como a los eventuales vicios del consentimiento de sus firmantes, los cuales han aflorado de forma notable como reivindicación ante los Tribunales, tras la notoria bajada del tipo Euribor con la consecuente inversión del pago de liquidaciones a favor de las entidades bancarias por sus clientes.

A tal efecto, y al margen de la profusa jurisprudencia aportada por uno y otro litigante en este pleito, en sendos escritos de demanda, contestación a la demanda y

audiencia previa, a modo de ejemplo, la SAP de Jaén n° 80/2009 (Sección 3ª) de 27 de marzo, ya determinó el marco legal que ha de aplicarse a los supuestos de contratos marco de operaciones financieras o CMOF y los anexos de permutas financieras cuando estableció que:

"se trata de un contrato tipo, que como tal ha de ajustarse por la fecha de su redacción - (se trataba de un contrato de 18/05/2004) - al Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El artículo 14,2 de la referida norma dispone que los contratos tipo deberán de contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustados en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda."

"Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E. en su artículo 31, 2006/73, el Real Decreto 217/2009 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 629/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas.

Es de mencionar de igual modo el Real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril sobre medidas de reforma económica, en su artículo 19 dedicado a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios. El párrafo 1º del precepto dispone que las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. Asimismo el párrafo segundo establece que las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Además, las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativos a la transparencia de préstamos hipotecarios,

dictados al amparo de lo previsto en el artículo 48,2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito."

Finalmente esta Sentencia que examinaba la validez del consentimiento prestado en un contrato de operaciones financieras y anexo de permuta financiera, declaró la nulidad del mismo toda vez que la entidad bancaria no informó con claridad y precisión a su cliente, dando a entender que este último, esto es la permuta financiera, trataba de un seguro por el que, y a cambio de una prima de 600 euros, pasaba de variable a fijo el interés hipotecario.

TERCERO.- En términos similares al reflejado en el ordinal anterior, se pronunció la reciente SAP de Álava nº 20/2011 (Sección 1ª) de 18 de enero, por virtud de la cual, y haciéndose eco de otra jurisprudencia, se establece que en relación a los contratos de permuta financiera o swap:

"Las partes han pactado intercambiar (swap significa en inglés cambio, canje o cambalache) 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, por el tiempo que hayan pactado.

Es significativa la definición que de tal contrato contiene el modelo de contrato marco de operaciones financieras que oferta en su página web la Asociación Española de Banca Privada como "aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse ente si pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada". Aunque el contrato suscrito no se haya elaborado por esta asociación, sino por (-entidad bancaria-), expresa claramente una finalidad distinta que la cobertura o aseguramiento frente a la elevación de tipos de interés.

En la doctrina de la Audiencias destaca la SAP Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010\6), luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc. 7ª de esta misma Audiencia, y sistemáticamente citada por otras Audiencias que la han seguido posteriormente. (.)

"(.) Las SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010, SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan. Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010, dice que "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

Esta misma Audiencia, en su SAP 143/2009 Álava (Secc. 1ª) de 7 de abril de 2009, ha analizado otros contratos bancarios de intercambio de intereses (CLIP de interés)

ofrecidos a clientes con la excusa de asegurarles ciertas garantías, en aquél caso por cambio de divisas. Tal resolución mostraba la perplejidad de un contrato en el que, por mucho que se analizaran sus cláusulas, ninguna ventaja se apreciaba para el cliente, incumpliendo por lo tanto el elemental principio de justo equilibrio de las prestaciones que debe caracterizar los contratos bilaterales.

Visto todo lo indicado hasta aquí puede concluirse que esta clase de contrato no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad. Desde esta naturaleza jurídica habrá que resolver la cuestión principal."

Esta Sentencia concluyó finalmente en la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y el SWAP anexo por entender en síntesis que la iniciativa en la oferta de tales productos la adoptó la entidad financiera y que: ".Respecto al argumento de que el administrador social de las demandantes preguntó cuanto quiso y se asesoró por terceros, habrá que subrayar lo que realmente sucedió. Dicho administrador social no mostró interés en suscribir tal contrato, limitándose a indicar que "se lo iba a pensar". A pesar de ello, el banco vuelve a insistir a través de sus comerciales, como éstos refieren en juicio. Ante la reticencia en contratar, se le ofrece una ampliación del crédito del que podría disponer, y es entonces, finalmente, cuando acepta contratar.

En definitiva, el ofrecimiento de un producto con una finalidad diferente a la real, ocultando las consecuencias negativas que supone para el cliente suscribirlo, y el ofrecimiento de una ampliación del crédito para vencer su natural prudencia, son constitutivas de la maquinación o insidia de la que habla el art. 1.269 CCV, porque nunca hubiera contratado sin la insistencia del banco, sin el convencimiento que era una especie de seguro, y sin la oferta de ampliar el crédito que previamente ya disponía."

CUARTO.- Pero también existen resoluciones de signo contrario a las contenidas en los dos razonamientos jurídicos precedentes, esto es, que desestiman la existencia de vicio de consentimiento alguno en los contratos financieros similares a los que subyacen en este pleito.

Así pues, la SAP de Ávila nº 211/2010 (Sección 1ª) de 9 de septiembre, estableció que:

".con independencia de que no es habitual la firma de un contrato en general, y menos un contrato bancario, sin que el contratante se asesore o comprenda su contenido, en modo alguno puede entenderse que el error sea esencial o excusable, en la medida que, aunque pudiera existir tal error (que en este caso no se demuestra) pudo fácilmente evitarse por el Sr. Representante legal de la demandante en la instancia, aquí apelada, con una mínima diligencia consistente en la lectura de los documentos, pues las cláusulas del contrato de permuta financiera de tipos de interés, unidos a la contestación a la demanda, la mayoría de ellas se entienden sin dificultad; y, en caso de no



comprenderse la solución era no firmar el contrato, o, caso de firmarle, haberse asesorado por personal competente. La Sala no considera que D. J. sufriera error alguno, y ello por las siguientes razones:

1º) La entidad (.), según se afirma en la demanda, no había tenido relación con el Banco aquí apelante, con lo cual era lógico que el contrato financiero que se le ofertaba fuera escudriñado y analizado antes de firmarle.

2º) El contrato en cuestión tuvo una vigencia inicial, y después fue novado casi un año después, siendo suscrito nuevamente por el Sr. representante legal de la demandante en la instancia. Si hubiera padecido error, era lógico que no lo renovara.

3º) Lo que ocurre es que el tipo de interés pactado, el Euribor, bajó de una forma importante, hasta el 1.50%, lo cual, lógicamente perjudica a la empresa citada, y beneficia al Banco; y cuando éste realiza las oportunas operaciones carga al cliente el importe correspondiente según lo pactado. Pero ello, no es motivo de error esencial, sino que el objeto del contrato pactado debido a las circunstancias financieras concurrentes ya perjudicaba al cliente. Un contrato no puede ser válido cuando favorece, y nulo cuando perjudica (vid SsAP Ciudad Real de 18 de Junio 2009 y de 1ª Instancia de La Coruña de 2 de Noviembre de 2009).

4º) Por último, no se puede desconocer la prueba testifical practicada en el acto del juicio en las personas de doña V. y doña R. , quienes en pocas palabras y con total concisión expusieron lo que fue objeto del contrato, y que en esos términos fue explicado al Sr. Representante legal de empresa aquí apelada."

QUINTO.- Y en términos similares a la resolución anterior, la SAP de Madrid nº 75/2009 (Sección 13ª) de 9 de marzo, quien no consideró en el caso allí enjuiciado vicio alguno porque:

"1.- los términos y contenido del documento de confirmación de permuta son lo suficientemente claros para permitir la emisión de una declaración de voluntad recepticia plenamente consciente y por ello vinculante, máxime cuando los contratantes manifiestan de modo expreso conocer y aceptar los riesgos inherentes a la operación, actuando sobre la base de sus propias estimaciones.

2.- que (.) tiene admitido (Ver hecho segundo, párrafo segundo, del escrito de demanda), y además así lo declaró en el juicio Doña , que recibió para su firma el contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF), tal y como se habría acordado, en una fecha posterior a la suscripción de la Confirmación de Permuta; sin embargo, ni en ese momento, ni en el dilatado período que transcurrió (más de un año) hasta que el Banco (.) efectuó en el mes de diciembre de 2004 un cargo en su cuenta por importe de 5.300 euros, conforme al documento cuestionado, no manifestó disconformidad alguna a dicha entidad bancaria ni postuló la ineficacia del negocio jurídico que incorpora, ni requirió la firma del complementario C.M.O.F. o pospuso los efectos de aquél a la suscripción de este, como consta al folio 66, solo el 21 de febrero de

2005 es cuando (.) manifestó al Banco (.) su "más profundo malestar por la postura adoptada por esa entidad respecto a un supuesto contrato de permuta de tipo de interés suscrito..."-

3.- que al pactarse expresamente que, en caso de discrepancia entre lo dispuesto en el C.M.O.F. y la Confirmación, prevalecerá lo dispuesto en esta última, ningún perjuicio puede esgrimirse con base en unas condiciones más gravosas derivadas de la aplicación del C.M.O.F.

4.- que, además de ostentar autonomía y fuerza vinculante propia la confirmación de permuta y no probarse que ninguno de los cargos efectuados por el Banco (.) se apartase o contradijese sus términos o halle sustento en un documento no suscrito entre las partes, el Banco de España, en respuesta a la reclamación formulada por (.) el 17 de noviembre de 2005 informó, entre otros extremos, "que por la propia confirmación de permuta es perfectamente posible conocer la operación y lo que la misma implica desde el punto de vista financiero, sin que sea preciso ningún otro documento adicional", y " que los términos financieros de la operación están válidamente acordados con el cliente" - folios 73 a 77-.

En definitiva, no se aprecia vicio alguno en el consentimiento que invalide o produzca la ineficacia (no demandada) del negocio jurídico, ni concurren circunstancias que permitan inferir error en el pago de lo que con una antelación superior al año se conocía que era adeudado."

SEXTO.- Ya por último y con carácter previo a abordar el presente supuesto controvertido, es necesario traer a colación una breve referencia legal y jurisprudencial al error en general como vicio del consentimiento en los contratos.

En este sentido, establece el artículo 1.266 del C. Civil que: ".Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer 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."; siendo el efecto más inmediato de su estimación, la nulidad del citado consentimiento a tenor del artículo 1.265 del C. Civil.

Pero ha sido la jurisprudencia quien ha perfilado los citados preceptos legales, y a tal fin, abundante y constante doctrina del Tribunal Supremo exige para apreciarlo en el consentimiento contractual, en primer lugar, que exista por parte del contratante que lo alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento (Sentencias del Tribunal Supremo 1-7-1915, 16-6-1943 [RJ 1943\719] , 5-3-1960 [RJ 1960\950] , 5-3-1962 [RJ 1962\1352] , 30-9-1963, 12-2-1965, 12-2-1979, 7-7-1981, 27-5-1982 [RJ 1982\2605] , 12-6-1982, 3-2-1986 [RJ 1986\409] , 7-11-1986 [RJ 1986\6213] , 21-5-1997 [RJ 1997\4235]), debiendo aplicarse un criterio restrictivo



para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato y así, dice la STS de 18 de abril de 1978, citando alguna de las anteriores, que para que el error invalide el contrato es indispensable: a) que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración, b) que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, c) que no sea imputable a quien lo padece, y, d) que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, requisitos estos a los que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994\1096) añade el requisito de que ha de ser excusable, además de esencial, razonando «que este requisito no lo menciona al Código Civil expresamente y que se deduce de los requisitos de auto responsabilidad y buena fe, este último consagrado en el artículo 7 del Código Civil.», pudiendo decirse que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, apreciándose ésta valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, pues la función básica de este último requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

SÉPTIMO.- Expuesto lo anterior y ya sobre el caso de autos, en el acto de la vista depuso la testigo Sra. A , directora de la sucursal en Alcorcón del BANCO demandado en este pleito, que intervino en las relaciones pre y post contractuales con la actora C para la formalización de los contratos y permutas financieras controvertidas.

A tal efecto y en síntesis, la citada testigo manifestó que entablaron contactos comerciales con el centro demandante hacia febrero del 2008, conociendo que el anterior ya contaba con algunos productos financieros como contratos de rénting, si bien desconocía los particulares del mismo como son los tipos de interés. Por otro lado, manifestó tal testigo que en su calidad de empleada del BANCO demandado, visitó las instalaciones del colegio aquí demandante y se les ofreció entre otros negocios bancarios: la apertura de una cuenta corriente, la gestión de los recibos de los alumnos mediante la domiciliación de los mismos, intentaron captar un plazo fijo y toda vez que el C demandante mantenía un préstamo hipotecario con una tercera entidad, a saber CAJA MAR, pretendían subrogarse en el mismo.

Para ello, sostuvo esta testigo, a su juicio y aún cuando desconocía si las personas físicas con quienes contactaron en nombre del C tenían conocimientos sobre productos financieros derivados, entendió que si conocían las circunstancias de una posible inversión.

En otro orden de cosas, precisó esta testigo, los anteriores contactos pre-contractuales se materializaron en dos reuniones en las dependencias del C: una primera, el 08 de abril del 2008 en la que no se trató

ningún extremo sobre los particulares de un contrato marco o CMOF ni de la permuta financiera, aunque ya se entregó por el C. demandada documentación sobre su situación; y una segunda reunión en la que sí se trataron tales extremos y en donde compareció también el Director de Zona del BANCO demandado para explicarles en profundidad los contratos cuya validez aquí se impugnan; existiendo entre ambas reuniones diversos contactos telefónicos.

Finalmente, en esa segunda reunión que data de 15 de mayo del 2008, prosiguió esta testigo, se firmaron en las dependencias del C. demandante, los contratos cuya validez aquí se cuestionan de CMOF y permuta financiera, así como el contrato de apertura de cuenta (doc. n° 2, 3 y 4 de la demanda), al igual que un test denominado TEST MIFID que obra como doc. n° 5 de la contestación a la demanda, sobre idoneidad de los demandantes para suscribir los anteriores contratos bancarios que relleno el propio representante de la actora. En otro orden de cosas, sostuvo la testigo antes dicha la existencia de un expediente de riesgo, cosa normal por otro lado atendiendo al valor nominal de los contratos subyacentes en este pleito, esto es 5 millones de euros, si bien precisó la citada testigo, que tal expediente vendría referido a una eventual subrogación hipotecaria del BANCO demandado en la entidad prestamista con quien la entidad actora mantenía un préstamo de tal naturaleza, esto es CAJA MAR, sin que a fecha de la firma de tales contratos el 15/05/08, existiera oferta vinculante de tal subrogación, y sin que tal expediente de riesgo entendiere que fuere necesario para los contratos marco y permuta financiera firmados el mismo día; precisando no obstante, que aquél nominal antes dicho se fijó tras contrastar la situación financiera del C. demandante, en especial el capital pendiente de amortizar con CAJA MAR de unos 4,5 millones de euros más otros negocios como el ya precitado renting.

En cuanto al representante de la actora C. demandante en aquéllas reuniones, la citada testigo destaca que el anterior quería cambiar de entidad prestamista hipotecaria (CAJA MAR) y mostró su preocupación por la incidencia de las subidas de tipo Euribor según las oscilaciones del mercado en aquélla época, y catalogando al citado C. demandante como una entidad minorista, entendié como producto más apropiado el de la permuta financiera que en ningún caso se le ofreció como un seguro ante las eventuales subidas de interés, aunque existían otros productos igual de sencillos que el aquí suscrito.

Por otro lado, sostuvo la citada testigo, si bien el contrato marco de operaciones financieras o CMOF es general y aprobado por la ASOCIACIÓN DE LA BANCA, si se fijaron una serie de condiciones particulares que son las que obran en la confirmación de la permuta financiera (doc. n° 4 de la demanda); contratos éstos que, aún cuando tenían una duración de cinco años, que se fijó de mutuo acuerdo pues caben otras duraciones, podían ser objeto de cancelación anticipada conforme al valor de mercado y a las cláusulas del precitado CMOF y que así se le explicó a

los representantes del C demandante, sin que aquéllos mostraren ninguna duda al tiempo de la firma, entendiendo que estaban perfectamente asesorados o que en su caso podrían haberse asesorado y que sabían porque así se les explicó, que en caso de discrepancia entre el coste de cancelación propuesto por uno u otro contratante, se optaría por una media entre ambos, sin que les parecieran complejos tales instrumentos.

Ya sobre los contratos en sí, la presente testigo relató que no exigen el pago de prima o comisión a favor del BANCO demandado, y que los citados contratos son fáciles de comprender, pues basta con saber que existe una barrera superior, otra inferior y una franja intermedia, a tenor de determinados tipos o porcentajes fijados por el mercado, donde el pago o cobro de liquidaciones por uno u otro contratante, depende de la zona o "escenario" en el que se encuentra cada cual, sosteniendo nuevamente que los representantes del C sabían lo que suscribían porque así se les explicó, aunque no recuerda si se usó en aquella explicación algún ejemplo concreto donde el C recibiría o pagaría una cantidad concreta, si bien, quiso precisar esta testigo, tales instrumentos financieros no están formulados para obtener beneficios, sino para estabilizar las fluctuaciones de los tipos de interés.

En cualquier caso, sostuvo esta testigo, si que se les explicó a los representantes de la actora los riesgos inherentes a tales contratos, que podrían generarse para ambos contratantes, también para el BANCO demandado, derivado de un "escenario" negativo si los tipos de interés bajaban por debajo de un determinado porcentaje.

Por otro lado, y en la profusa explicación que esta testigo efectuó en relación a los instrumentos controvertidos, el BANCO demandado actuaba como un intermediario de aquéllos, si bien los mismos no son negociables pero sí cruzan el riesgo con otros agentes intervinientes, aunque ello a su juicio, no ha de influir en la relación con el cliente, en este caso el CENTRO ESCOLAR que ha de dirigirse al BANCO demandado ante cualquier incidencia de tales contratos, sin que ello se explicara a los primeros en sus reuniones por entender esta testigo, que ello no es objeto del contrato en sí.

Ya sobre el devenir de los contratos subyacentes, sostuvo la presente testigo que una vez firmados aquéllos y tomando posesión de su copia la entidad actora, no existió problema alguno en los meses subsiguientes, y que incluso en julio del 2006 existió una nueva reunión donde asistió al C un asesor particular de nombre J.

sin que existiera queja o reticencia alguna, todo ello hasta que se produjo una liquidación negativa para el C precitado en el que tenía que abonar aproximadamente 33.000 euros, y fue cuando intentó tal C renegociar tales instrumentos, posponiendo tal propuesta a una ulterior reunión con el Director de Zona y un especialista en productos financieros que no intervino en las relaciones precontractuales y en la firma de los contratos controvertidos. Ante tal situación, se ofreció a la entidad actora nuevos productos como un contrato COLLAR

y una barrera superior y no aceptó el C; ninguno de ellos, aunque abonó la liquidación negativa antes dicha.

Finalmente, sostuvo esta testigo, se realizó una oferta vinculante de subrogación de aquella hipoteca que al principio se mencionó y que mantenía la actora con CAJA MAR, incluyendo el coste de cancelación de la permuta financiera aquí cuestionada, pero no llegó a materializarse. Por último, concluyó esta testigo, los contratos que aquí se cuestionan han venido siendo usados por el BANCO demandado aproximadamente desde el año 2003, y para su comprensión, fue objeto de cursos impartidos al personal de tal entidad bancaria, si bien no pudo recordar la duración de tales cursos.

OCTAVO.- En el acto de la vista depuso también en calidad de testigo la persona de J. , a la sazón el Director de Zona del BANCO demandado al que ha hecho referencia en varias ocasiones la testigo anterior; y que estuvo presente en las dos reuniones de abril y mayo del 2008 en el C demandante en este pleito.

Este testigo en esencia y síntesis, ha venido a corroborar la misma versión de la directora de sucursal Sra. A

que consta en el fundamento precedente, precisando que también estuvo en la primera reunión precontractual donde no se exhibió documentación alguna al C demandante, si bien siempre se les explicaron todas las dudas a un potencial cliente que a su juicio le pareció cualificado por su volumen de personal, alrededor de 130 profesores, y porque le refirieron la existencia de asesores externos contables y jurídicos.

Por otro lado, y ya en la segunda reunión donde se firmaron los contratos controvertidos, allá por el 15/05/08; incidió este testigo que tal reunión fue bastante duradera en el tiempo, que se les explicó a los representantes del C las distintas opciones ante su preocupación por la subida de los tipos de interés, haciéndoles incluso este testigo sobre papel, un ejemplo de los distintos "escenarios" en el que se podría encontrar el CENTRO demandante con la suscripción de la permuta financiera.

Por otro lado, y en términos similares a la testigo precedente, este testigo indicó que en efecto, no se efectuó expediente de riesgo alguno porque no era preciso para la firma de los contratos marco y permutas aquí cuestionadas, pues bastaba con los datos que obraban en los registros públicos en relación al C demandante, sin que se remitiera al cliente antes dicho, documentación alguna de tales instrumentos, entre la primera reunión de abril del 2008 y su firma en mayo del mismo año.

En otro sentido, y a diferencia de la testigo anterior, este testigo sí que manifestó haber usado ejemplos concretos y numéricos expuestos al C demandante para su información, sobre las distintas situaciones en que se podría encontrar, usando cantidades exactas de 38.000 y 44.000 euros en todos los momentos e incluso la situación existente ante un tipo de Euribor de

un 0%; concretando en mayor medida que la testigo anterior, que el tipo nominal lo fijó el CIRBE (doc. nº 4 de la contestación a la demanda) del CI demandante.

No obstante lo anterior, este testigo, y a diferencia de la testigo que le precedió en la palabra, relató que la duración del contrato controvertido se fijó de forma predeterminada y no se negocia, aún cuando la directora de sucursal Ar manifestó la existencia de otras duraciones posibles.

Del mismo modo, este testigo a diferencia de la anterior, manifestó a preguntas de la defensa letrada de la entidad actora, que a partir del año 2008 se produjo una bajada del tipo del Euribor, que se preveía y que así se le informó al cliente, esto es el CI demandante, si bien el mismo quería continuar con los vínculos contractuales ofertados, puntualizando no obstante lo anterior, a preguntas de la defensa letrada del BANCO demandado, que lo que no se preveía es que la bajada fuere tan drástica, generándose las liquidaciones negativas contra el C demandante; aunque en otros parajes de su declaración manifestó que las previsiones del mercado a medio y largo plazo eran alcistas.

En otro sentido este testigo coincidió con la testigo anterior en cuanto a la forma de cancelación anticipada del negocio bancario controvertido, a su juicio igual que un vencimiento anticipado, si bien, precisó que cuando se pretendió el mismo el coste era de unos 400.000 euros para el C demandante.

Finalmente, este testigo también sostuvo que para poder conocer estos contratos marco y permutas financieras, recibió cursos de formación de aproximadamente dos días intensivos, si bien porque en ellos se explican otros productos financieros por lo que la explicación a terceros es breve dada la sencillez de los productos aquí enjuiciados.

NOVENO.- Desde otra perspectiva, en particular desde la óptica del CI demandante en este pleito, depuso en el acto de la vista y en calidad de testigo la persona de F, administrador de la sociedad mercantil que forma la entidad actora y participe en las negociaciones contractuales que dieron como fruto los contratos aquí impugnados.

Este testigo en síntesis, manifestó que fueron los empleados del BANCO demandado quienes le visitaron en el C, y le ofrecieron la posibilidad de abrir una cuenta corriente a fin de tener un vínculo comercial con tal entidad bancaria, ante la posibilidad de una futura subrogación del citado BANCO, en el préstamo hipotecario que hasta ese momento mantenía la demandante con la entidad CAJA MAR; subrogación hipotecaria que, según manifestó tal testigo, le refirieron los citados empleados del BANCO demandado, llevaría aparejado un producto financiero gratuito, y así lo entendió este testigo, según relató, de forma tal que si no existía tal subrogación, no se consumiría el citado producto.

En cuanto a las negociaciones precontractuales, es cierta

la existencia de una primera reunión de unos veinte minutos, porque los empleados del BANCO demandado así lo solicitaron, manifestando estos últimos su intención de entablar relaciones comerciales con el C sin que en tal reunión le aportaran documentación alguna; y del mismo modo a los testigos hasta aquí reseñados, es cierta la existencia de una segunda reunión en las dependencias de la entidad actora, de aproximadamente media hora, en la que los empleados del BANCO demandado se personaron con la documentación que se le ofreció al C, según dicción literal del testigo F, "como atención a los mejores clientes."; de forma tal que si finalmente se consumaba la subrogación hipotecaria tendrían un pequeño ahorro ante las fluctuaciones del tipo de interés, hasta el punto de que si subían los mismos el ahorro podría materializarse en unos 7.000 euros, pero nunca se le informó de que pudiera existir también una situación de pérdidas para el C.

En otro sentido, y en contra a lo relatado por los dos testigos reseñados en los fundamentos precedentes, niega rotundamente que aquéllos en la segunda reunión en la que se firmaron los contratos controvertidos, le mostraran ejemplos de distintas situaciones o "escenarios" en los que se podía encontrar el centro demandante, tan sólo le dijeron que existía una horquilla de intereses que se iría adecuando a los cambios del Euribor sin que en ningún momento le informaran sobre la conveniencia de la concurrencia de algún tipo de asesor del C, y si bien el citado testigo, en representación de la anterior entidad, no entendía el contrato marco y la permuta financiera, finalmente plasmó su firma en tres o más documentos, quedándose con copia de los mismos, no sin antes pedir que por los empleados del BANCO demandado le explicasen tales documentos, a los que, nuevamente los mismos le informaron, según este testigo, que era una atención del establecimiento financiero para con el C y que con ello lograrían un ahorro pequeño.

En cuanto a las postrimerías de los contratos, una vez firmados, manifestó este testigo en síntesis que el BANCO demandado no le notificó ninguna liquidación positiva a favor del C y que fue en una reunión posterior donde tuvieron conocimiento de ello, si bien y como quiera que la subrogación hipotecaria no llegó a consumarse, se pretendió devolver la cuenta de ahorro con tales saldos al BANCO demandado.

En otra fecha posterior y hacia julio del 2008, si existió otra reunión en el BANCO demandado, pero para tratar la subrogación hipotecaria; y ya hacia febrero del 2009 se pretendió cancelar los contratos controvertidos,

y si bien el BANCO demandado a través de sus empleados, no le informaban de cantidades exactas por tal cancelación, le manifestaban no obstante que oscilaría en unos 400.000 euros; a pesar de lo cual, si es cierto que el C

realizó un primer pago a favor del BANCO demandado, cuando las liquidaciones le eran favorables a este último, a fin de evitar incurrir en una situación de mora que les perjudicase para esa pretendida subrogación

hipotecaria que estaban esperando y porque así se lo aconsejaron desde el BANCO demandado.

Siguiendo con el devenir de las relaciones comerciales entre ambas entidades, según la versión del testigo F, hacia mayo del 2009 el BANCO demandado pretendió resolver la situación de conflicto uniendo el coste de cancelación del contrato marco y la permuta financiera al importe de la hipoteca sostenida con CAJA MAR y en la que el BANCO demandado pretendía subrogarse, oferta que fue desestimada por el C, más aún cuando la nueva dirección de CAJA MAR se ofreció a mejorar las condiciones de la hasta entonces hipoteca contratada con esta última entidad, pues finalmente no existió ninguna subrogación hipotecaria a favor del BANCO demandado.

En otro sentido, y en cuanto al C, en sí, este testigo se identificó, como se dijo al principio del presente razonamiento jurídico, como presidente del consejo de administración y administrador mancomunado de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en la que está constituida la entidad demandante, dedicado a la docencia, sin conocimientos financieros, con unos recursos humanos de unos 130 alumnos, unos 1.200 alumnos y unos 1.000 socios de instalaciones deportivas. Que en cuanto a situaciones financieras reconoció ser cierto que la entidad demandante mantenía algún tipo de contrato de plazo fijo, y que en cuanto a asesores externos, tienen un contable, existe un despacho de abogados y una auditoría que por ley verifica las cuentas anuales de la citada entidad actora.

DÉCIMO.- Al margen de los testigos ya expuestos con anterioridad, depuso la persona de J, esto es, el asesor fiscal y contable externo del C al que se ha hecho referencia en algunos parajes de los testimonios antes sintetizados, y quien en resumen manifestó que: antes del presente pleito desconocía la existencia de los contratos controvertidos pues tan sólo revisa las cuentas anuales de la entidad demandante; que sí tenía conocimiento de que el interés de tal centro docente era la petición de una nueva hipoteca, y que el citado centro en sí es a su juicio una mediana empresa sin estructura empresarial, pues tan sólo cuenta con un empleado contable.

Que no obstante lo anterior, entiende que el C comienza a tomar conciencia de la naturaleza de los contratos hacia el año 2009 cuando comienzan a existir riesgos de descubiertos en la cuenta corriente suscrita por aquélla con el BANCO demandado y se encuentra en ciernes la posibilidad de una nueva subrogación hipotecaria, de la que sin embargo, sí tenía conocimiento el citado testigo, por una reunión previa a la que sí asistió en julio del 2008 donde, según este testigo, no se refiere ningún extremo sobre permutas financieras, sino sobre hipotecas.

Por otro lado, si conoce que en las cuentas anuales del C, no consta reflejado la permuta financiera, entiende que debido al criterio de los auditores de cuentas, que a la sazón sólo intervienen en la confección de tales memorias anuales, los cuales consideran excluible tal producto al no haber sido reconocido por la entidad

demandante, pero el citado asesor contable ni interviene en la confección de tales cuentas anuales, ni intervino en la firma del contrato marco y permuta financiera cuestionados en este juicio.

UNDÉCIMO.- Finalmente depuso el perito Sr. Cristóbal Verdú a instancias de la parte actora, quien previa ratificación de su informe obrante en autos, calificó el contrato marco y en especial la permuta financiera, como un contrato complejo y de riesgo debido a las variaciones del Euribor, un contrato que en particular para este caso, si bien generó liquidaciones a su juicio bien calculadas, no obstante lo cual omitió la cuantificación exacta de la opción llamada "floor" y "cap", esto es las barreras superiores e inferiores a las que se refería la testigo A - como directora de sucursal del BANCO demandado; de igual forma prosiguió este perito, se omitió la cuantificación exacta de cancelación del vínculo negocial así como la motivación de las distintas liquidaciones; y el producto en cuestión es especulativo porque no va ligado a ninguna financiación, toda vez que finalmente no existió concesión de la subrogación hipotecaria en la figura que ostentaba la entidad CAJA MAR, si bien, precisó este testigo que también cabría la posibilidad de que tales productos se firmaren en coberturas de otros préstamos no concedidos por el BANCO demandado, aunque no de forma global, sino préstamo a préstamo para ser equitativos.

No obstante, siguió insistiendo el citado perito en el carácter especulativo del producto controvertido, si se toma en consideración que el valor nominal era de 5 millones de euros, cuando el dinero pendiente de amortizar con CAJA MAR era de tan sólo unos cuatro millones y medio de euros; y recalcó que el citado producto de permuta financiera no es ningún seguro de tipos de interés

Por otro lado, continuó este testigo, entiende que el test MIFID que obra como doc. n° 5 de la contestación a la demanda, es un test de conveniencia insuficiente, siendo necesario a su juicio un test de idoneidad que complemente al anterior toda vez que la labor del BANCO demandado debería haber sido no sólo la de comercializar tales productos sino también la de asesorar sobre los mismos, además de tratarse de productos sujetos a mercados denominados de "swaps" cerrados y no organizados por ningún organismo público.

En otro sentido, prosiguió este perito, entiende que ya al tiempo de firmarse los contratos controvertidos, el BANCO DE ESPAÑA tenía previsiones de bajadas de interés, como así también lo reflejaban las asociaciones de cajas de ahorros, aunque no tan pronunciadas y aún cuando existiere un alza de tipos de interés, aquéllos negocios bancarios seguirían siendo desproporcionados para el cliente del BANCO demandado.

DUODÉCIMO.- Expuesto todo lo que antecede en los razonamientos jurídicos anteriores, aplicando la doctrina legal y jurisprudencial hasta aquí reseñada al caso de autos, y valorando conforme a las reglas de la sana

crítica las pruebas testificales, documentales y periciales practicadas a tenor de los artículos 376, 326 y 348 de la LEC; puede concluirse que, tras unas profusas y detalladas explicaciones de los testigos en el acto de la vista, los controvertidos contratos marco de operaciones financieras en general, y las permutas financieras en particular, como los que aquí subyacen, no revisten una especial complejidad en cuanto a su comprensión, pues a grandes rasgos la dinámica de tales vínculos no suponen más que: si en el pago de unos determinados tipos de interés periódicos y remuneratorios de cantidades prestadas a un cliente de una entidad financiera, ya fuere banco o las extintas cajas de ahorro, existiera una subida de los mismos; a fin de compensar la misma a favor del cliente, éste recibiría una bonificación porcentual por tal subida; minorando el impacto que tal ascenso de intereses generaría en su cuota periódica de devolución del capital prestado.

Pero si por el contrario, los tipos de intereses remuneratorios de la entidad prestamista, descendieren por debajo de un determinado porcentaje, ha de ser el cliente prestatario el que ha de pagar un tipo remuneratorio fijo a la citada entidad financiera.

Ahora bien, no es misión de este juicio ni del objeto del mismo, llegar al pleno conocimiento de cómo funcionan tales instrumentos financieros, sino determinar si el cliente de los contratos aquí enjuiciados, esto es el C , tuvo o pudo tener cuando menos de forma aproximativa, un conocimiento similar a lo dicho con anterioridad, y todo ello al tiempo de la firma de los mismos, esto es, a fecha de 15 de mayo del 2008, valorando ante la clara y manifiesta existencia de posiciones contradictorias entre los testigos empleados del BANCO demandado y el representante del C demandante, otros elementos probatorios coadyuvantes que contribuyan a determinar la verosimilitud de una u otra versión.

DÉCIMOTERCERO.- A tal fin y en el ejercicio de tal labor exegética de las pruebas practicadas, es necesario de lo sintetizado hasta aquí, resaltar varios elementos fácticos que han resultado probados, y que contribuyeron a inclinar la voluntad del CI en el sentido de suscribir los controvertidos negocios financieros hoy cuestionados.

En este sentido, es cierto y resulta probado que los contratos se ofrecieron y firmaron en el contexto local del ente demandante, esto es en sus instalaciones docentes como así lo han reconocido todos los testigos y se incidió por la defensa letrada del BANCO demandado en aras a subrayar la libertad de consentimiento del primero; mas ello no ha de significar sin más que no exista posibilidad de vicio en el consentimiento, pues en principio, no existe objeción a que el mismo concorra ya fueren firmados los contratos en las instalaciones del CI , ya fueren en las del BANCO demandado.

Y ello es así toda vez que, lo que verdaderamente se discute en este pleito, es si el CI a través de las personas físicas que lo representaban, eran o podían

ser conscientes del objeto y consecuencias de aquéllos contratos hoy controvertidos; aunque es cierto que el hecho de ser firmados en su entorno habitual, puede revestir un clima de confianza a favor del C , pero ello no suple ni constituye por sí mismo el pleno conocimiento sobre lo firmado, que es lo que verdaderamente se enjuicia en esta instancia.

Así pues, y circunscribiendo la resolución de los hechos controvertidos a lo que en primera instancia pretende demostrar el actor y rehusar el demandado, esto es el error en el consentimiento, sí es necesario poner de relieve y analizar cómo se llevó a cabo el inicio, explicación y posterior firma del contrato marco o CMOF y la permuta financiera.

Y a tal efecto sí que es relevante el hecho de que, a tenor de las pruebas extractadas con anterioridad, fueron los empleados del BANCO demandado los que decidieron iniciar los primeros contactos comerciales con el personal del C , no al contrario, a fin de captar el mismo para diversos negocios como la gestión de la domiciliación bancaria de recibos de un millar de alumnos, y en su caso otras operaciones tales como una eventual subrogación hipotecaria.

En consonancia con lo antes dicho, y tras una primera reunión hacia abril del 2008, carente de soporte documental en cuanto a los productos propuestos por el personal del BANCO demandado al del C demandante, porque los testigos de una y otra parte así lo han ratificado en el sentido de que el BANCO no entregó ningún modelo o copia de permutas o CMOF; es precisamente el personal del BANCO el que ofrece tales instrumentos, sin que conste probado que el personal del C buscare o pretendiere específicamente los mismos, a salvo su preocupación ante las eventuales subidas de Euribor y en relación al préstamo hipotecario que mantenían con la entidad CAJA MAR.

Lo anterior ha de servir para obtener una primera conclusión interpretativa, y es que, si fue el personal del BANCO demandado el que inició las negociaciones comerciales, el que pretendía a fin de obtener un beneficio económico, captar al C como cliente mediante la domiciliación de recibos de alumnos o la subrogación hipotecaria, lo cual es perfectamente justo y legítimo; y si fue finalmente el personal del BANCO demandado, el que ofertó entre sus distintos productos, los hoy cuestionados contrato marco y permuta financiera, sin petición expresa de los mismos por el personal del C ; es evidente que en materia financiera y sobre estos productos en particular, existía una posición preeminente del BANCO demandado frente al antes dicho C , pues fue aquél quien inició y recondujo tales negociaciones hasta la culminación, en mayo del 2008, de los vínculos contractuales hoy controvertidos, y sobre la base de los conocimientos y productos que preexistían en la cartera comercial del citado BANCO demandado, que no del C en quien no se acredita ni prueba experiencias anteriores a la anterior fecha, sobre contratos marcos financieros o CMOF, swaps, caps, floor o permutas

financieras; preeminencia que ha quedado corroborada por los propios empleados del BANCO demandado quienes manifestaron que para asumir tales productos tuvieron que participar en cursos de formación, incluso de dos días intensivos como reflejó el Director de Zona, y que sin embargo suscribieron con el C a través de una primera reunión aproximativa y sin documentación alguna, sólo verbal, y una segunda reunión de suscripción en firme.

DÉCIMOCUARTO.- Prosiguiendo en la labor interpretativa de la prueba practicada; sentada la forma en la que se inició el tracto comercial entre BANCO demandado y C demandante; aún cuando en aquella primera reunión de abril del 2008, no se aportó ni ofreció ninguna documentación técnica o soporte similar sobre el contrato y permuta finalmente suscrito un mes después, en este brevísimo tiempo el C acepta los mismos mediante su firma en fecha de 15/05/2008. De ello se extrae una segunda conclusión, y es que, aún esa preeminencia del BANCO demandado sobre el C, en materia de negocios financieros como los que nos ocupan, y aún la ausencia de documentación que permitiera estudiar pausadamente por el personal del C o quien aquél quisiera, tales contratos en el breve tiempo que discurrió entre la primera reunión en abril del 2008, y la segunda y definitiva reunión para la firma en mayo del 2008, no obstante lo anterior, y aún a pesar de lo relevante que suponía el nominal de tales vínculos, cinco millones de euros, se procede a su firma con una absoluta falta de información completa para el nuevo cliente o CENTRO ESCOLAR, entre una y otra fecha; debiéndose éste servir tan sólo de las explicaciones verbales que en la primera reunión le dieron el personal del BANCO demandado.

DÉCIMOQUINTO.- Llegados al momento de la firma en mayo del 2008, y por ende, al núcleo gordiano de esta litis donde las partes ocupan posiciones diametralmente opuestas; el BANCO demandado sostiene a través de sus testigos y a la sazón empleados del mismo, que se les explicó de manera escrita, profusa, completa y con ejemplos, las distintas consecuencias positivas o adversas que podrían generar los vaivenes del mercado al C, por mor de la permuta financiera.

Por el contrario, el C a través de quien aquél entonces y hoy le representa, manifestó que desconocía la terminología de los contratos que se le presentó, que desconocía las consecuencias, que no existió la extensa explicación que se sostiene de contrario y que sólo se afirmaba que era una "atención" gratuita del BANCO demandado para la subrogación hipotecaria que verdaderamente interesaba al C para mejorar sus condiciones con su entidad hipotecante CAJA MAR, y que a la sazón finalmente aquella subrogación no llegó a consumarse, aunque sí los contratos discutidos en esta instancia.

Al hilo de esta controversia, la directora de sucursal y el director de zona que asistieron por cuenta del BANCO demandado en aquella firma contractual, hicieron diversas

manifestaciones en el acto de la vista, que es preciso resaltar y analizar de manera específica.

Así pues, la directora de sucursal Dña. A. manifestó literalmente desconocer si el personal del tenía o no exactos conocimientos sobre los productos financieros ofertados y suscritos, aunque le pareció que sabían sobre materia de inversiones, a raíz de los instrumentos financieros que aquél ya tenía contratados. Es preciso saber y determinar qué concretos instrumentos financieros había concertado el C para determinar el grado de conocimiento de su personal y así pues, las cuentas anuales del citado centro docente elaboradas para el año 2007 y que obran como doc. n° 3 de la contestación a la demanda, en materia de inversión financiera sólo contempla:

a).- El préstamo hipotecario con la entidad CAJA MAR por 4.390.726,43 euros.

b).- Un contrato de arrendamiento financiero o leasing para la compra de un autocar escolar con la entidad BBVA ARGENTARIA.

c).- Un contrato de arrendamiento financiero o leasing para la compra de una furgoneta con la entidad CHRYSLER.

Dichas así las cosas, valorando tales documentos conforme a las reglas de la sana crítica, este juzgado entiende y concluye que la experiencia sobre inversiones financieras que defiende el BANCO demandado a todo trance, no es tan extensa, ni especial, ni específica sobre lo que fue objeto de firma y controversia en este pleito, esto es: los CMOF, SWAP, FLOOR o CAP, sino simplemente lo que se deduce, es la existencia de unas inversiones propias, generales y muy comunes de todo pequeño y mediano empresario que para la obtención de material mobiliario o inmobiliario necesario para el desarrollo de su actividad mercantil habitual, en este caso la docencia, tiene que obtener y asumir, cuales son la adquisición de autocares escolares, nuevos terrenos para ampliar sus instalaciones, etc.

DÉCIMOSEXTO.- No obstante lo anterior, el BANCO demandado no sólo sostiene la experiencia inversora del C, al tiempo de la firma de los contratos, en base a los instrumentos antes relatados; sino también defendió el gran volumen del citado centro docente para fortalecer su consentimiento pleno que hoy niega el citado centro bajo la sombra del vicio del error.

A tal fin es cierto y así lo reconoció el representante del C, que cuenta en plantilla con más de 100 profesores, con más de un millar de alumnos y de socios en actividades deportivas.

Pero de nuevo se pregunta este juzgador si tales parámetros de volumen de actividad docente son sinónimos de gran o pleno conocimiento sobre instrumentos financieros de inversión de capitales.

Y es que si se comprueba el objeto social del C que consta en el doc. n° 3 de la contestación a la demanda y en particular en el informe de auditoría del centro, o en el doc. n° 5 de la demanda en cuanto a la escritura de constitución del centro en Sociedad de Responsabilidad Limitada, se comprueba fácilmente que la

entidad actora se dedica sólo y exclusivamente a unas actividades muy similares entre sí: la labor docente, educativa, cultural, deportiva, social y recreativa.

Examinados tales documentos, a sensu contrario se comprueba cómo: no existe ni un mínimo atisbo de actividad social destinada por ejemplo: a la gestión de inmuebles, a la gestión de capitales, a la inversión de capitales, o a la intervención en mercados financieros, por citar algunos que guardarían relación con los contratos aquí controvertidos.

Por otro lado, el propio contable del citado C , que no es exclusivo del mismo, ya definió al primero como ".mediana empresa sin estructura empresarial."; y es que no hay que olvidar que a tenor de los documentos antes citados, el origen de esta empresa hoy demandante era el de una cooperativa de profesores.

Pero es que a mayor abundamiento, los propios empleados del BANCO demandado definieron a la actora como ".cliente minorista,".

En otro orden de cosas, y también al hilo de la mención del contable Sr. J , y a los efectos de analizar el asesoramiento externo de la actora en el que también hizo hincapié la entidad demandada; cierto es como ya se ha reflejado, que el C . cuenta con un contable externo que depuso como testigo, Sr. J , persona de cuyo testimonio se deduce que ostenta la llevanza de una contabilidad básica: libros contables, nóminas, declaraciones fiscales, que además no participaba en los movimientos de las cuentas bancarias del citado C . a salvo advertir los saldos negativos de los mismos, y en particular de los contratos aquí controvertidos, momento en el que tuvo conocimiento de ellos.

Cierto es también la existencia de una auditoría contable, como se deduce de las cuentas anuales que obran en el doc. n° 3 de la contestación a la demanda, mas la intervención de aquella sólo responde a la obligación legal de verificar las cuentas de un ejercicio anual, que establecía el entonces vigente en el año 2008, artículo 203 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre sobre Sociedades Anónimas, por remisión del artículo 84 y siguientes de la Ley 2/1995 de 23 de marzo sobre sociedades de responsabilidad limitada; ambos hoy sustituidos por el Real Decreto Legislativo n° 1/2010 de 2 de julio sobre Ley de Sociedades de Capital; pero en ningún caso existía obligación o facultad interventora de tales auditores en el devenir habitual y cotidiano de la mercantil auditada, en este caso el C , ya fuere con clientes, proveedores o con el propio BANCO demandado, como así lo reflejó el contable externo Sr. J .

Finalmente, se habló de un despacho de abogados, de nombre , del que no ha existido prueba alguna sobre el alcance de las relaciones entre éste y el C , más allá de las meras y someras referencias al mismo.

Por todo lo cual, y no existiendo un departamento financiero en el seno del C demandante, como se ha deducido de las pruebas practicadas en atención al contable Sr. J , ni constando experiencia previa a la firma de los contratos controvertidos sobre instrumentos

similares, ha de establecerse una tercera conclusión y es que, el hecho de que exista un volumen considerable de la actividad docente en el centro demandante, no significa un pleno conocimiento sobre inversiones o sobre instrumentos en materia de intereses de capital y movimientos de los mismos en el mercado, antes bien, en el caso de autos, lo que ha quedado acreditado es todo lo contrario, es decir, la inexperiencia del personal docente, y a la sazón representante del citado centro, en materias similares al tiempo de la firma.

DÉCIMOSEPTIMO.- Prosiguiendo en la labor interpretativa de desgranar lo acontecido el 15/05/08 al tiempo de la firma de los contratos controvertidos, y además si hubo información o no completa al personal del C ; éste sostuvo que para nada recibieron una formación completa y ejemplarizante en la única reunión en la que tuvieron acceso a los contratos controvertidos, a la sazón donde los mismos fueron firmados, pues en la previa reunión de un mes atrás, todos los testigos de una y otra parte han reconocido que no se aportó documentación alguna al C ; y si tenían dudas, las mismas se resolvían calificando tales contratos de "atención" gratuita al cliente (léase CI), para ofrecerle un ahorro en la futura subrogación hipotecaria, que es en la que verdaderamente estaba interesado la entidad actora. Por el contrario, los empleados del BANCO demandado, directora de sucursal y director de zona, rehusaron tales afirmaciones y manifestaron estar a la disposición de los representantes del centro docente, si bien con posiciones contradictorias, pues la primera Sra. A manifestó desconocer si en aquella y única reunión en la que se firmaron los contratos, se especificaron ejemplos concretos de situaciones positivas y adversas para el C , mientras que el director de zona Sr. J concretó y especificó que si se les indicó los riesgos de bajada con cantidades de entre 38.000 o 44.000 euros y un tipo de Euríbor del 0%, aunque paradójicamente no preveían en aquél entonces bajada alguna de los mismos, sino todo lo contrario subidas. También incurrieron en diversas contradicciones uno y otro empleado del BANCO en relación a la información suministrada al C , pues la directora de sucursal manifestó que la duración de cinco años de los contratos controvertidos en este juicio no es un dato imperativo sino que pueden pactarse otras duraciones, mientras que el director de zona que también asistió a tales reuniones, manifestó que la duración contractual era predeterminada y no se negociaba. Tales contradicciones impiden saber con exactitud qué información en definitiva, fue expuesta y mostrada a los representantes del CI más allá de los documentos cuya firma no se discute por estos últimos y que si fueron entregados a personas que como antes se dijo, eran legas en cuestiones financieras similares a las anteriores, pero antes de resolver en este punto sobre si existió o no información insuficiente al tiempo de la firma, es necesario proseguir lo acreditado con el devenir

DÉCIMOCTAVO.- Siguiendo el orden expositivo del anterior razonamiento, de las pruebas practicadas ha quedado acreditado que tras la firma de los contratos controvertidos, los representantes del C se quedaron con una copia, como ha reiterado la defensa del BANCO demandado y no niegan los primeros, mas tal afirmación y extremo es baladí porque haya o no tal copia, y entendieran o no el contenido de los contratos a posteriori, los mismos ya estaban firmados y su resolución anticipada sólo podría realizarse o bien a través de la cancelación de mutuo acuerdo que fijaba el clausulado del vínculo contractual y que no se logró por suponer un coste para el C de unos 400.000 euros como sostuvo su representante, o bien, a través de la impugnación judicial del citado contrato como finalmente ha acontecido.

Pero lo que sí ha quedado probado es que tras la firma del contrato existieron tres liquidaciones a favor del C.....

durante finales del año 2008 de unos 1.916,67 euros según doc. n° 8 de la demanda, que el BANCO demandado no niega, pero de igual forma ha quedado probado que el CENTRO ESCOLAR no dispuso en ningún momento de tales cantidades, resultando que las mismas finalmente fueron destinadas, absorbidas y consumidas por las posteriores liquidaciones efectuadas, meses más tarde y en este caso a favor del BANCO demandado por importe de 33.226 euros y así sucesivamente hasta establecerse diversos saldos negativos, según el mismo documento y todo ello en la cuenta corriente firmada al tiempo de los contratos aquí controvertidos.

Cierto es también que hasta que se produjeron tales liquidaciones negativas para el C, no existió reclamación alguna por aquél al BANCO demandado, pues se habló de una tercera reunión hacia julio del año 2008 si bien la misma iba encaminada a la eventual subrogación hipotecaria con la entidad CAJA MAR; pero como antes se dijo, cierto es también que tampoco el C dispusiere para sí de cantidad alguna hasta ese momento, pues ni siquiera se domiciliaron en la precitada cuenta corriente, más gastos que al final, las liquidaciones que le fueron adversas.

Y si es cierto pues el representante del C lo reconoció, que esa primera liquidación negativa para el anterior y positiva para el BANCO demandado, fue abonada en torno a unos 30.000 euros por el primero, si bien para evitar una situación de morosidad ante la eventual subrogación hipotecaria pretendida.

Al hilo de este último extremo, como ya se ha repetido en parajes anteriores, la subrogación hipotecaria no se produjo, pero sí hubo una propuesta en firme por el BANCO demandado pues así se desprende del doc. n° 19 de la contestación a la demanda; propuesta que no fue aceptada por el C aún cuando su representante sostuvo que esa era la primordial razón por la que en los orígenes, entablaron relaciones comerciales con el BANCO demandado.

A continuación desde la perspectiva de la entidad demandante se da una explicación para no aceptar la

propuesta de subrogación hipotecaria de 21/05/09 y es que a través de la misma se pretendía cobrar por el BANCO demandado el coste de cancelación del contrato marco y permuta financiera que pretendía anular el C ante su disconformidad con el mismo y que como ya se dijo con anterioridad, oscilaba en unos 400.000 euros.

Tal versión este juzgado ha de darla por probada y acreditada, por cuanto que examinado el citado doc. n° 19 de la contestación a la demanda, se comprueba cómo si el capital pendiente de amortizar con CAJA MAR y en el que se tenía que subrogar como prestamista el BANCO demandado era de 4.188.104 euros, paradójicamente el capital que este último proponía prestar era de 5.560.000 euros, cantidad bastante notable a través del cual, es decir a través de su propia financiación, el propio BANCO iba a recobrar el coste de los productos financieros hoy cuestionados, y en cualquier caso el C, ya fuere por recursos propios o ya fuere por el capital prestado por el BANCO demandado, siempre iba a tener que afrontar el citado coste de cancelación; extremo éste al que el CI se negaba en rotundo por no considerarlo ajustado a derecho. Y de nuevo, al hilo de este último extremo, es necesario traer a colación cuál fue la postura del centro demandante cuando surgieron las liquidaciones negativas del contrato marco y permuta financiera hacia primeros del año 2009, debiéndose hacer mención a los doc. n° 9 y siguientes de la demanda, no impugnados de contrario, en los que el C de manera persistente y similar a lo mantenido hasta este juicio, ha sostenido en todo momento que de mutuo propio no solicitó aquéllos vínculos negociales, y que lo que verdaderamente pretendían era una mejora en la hipoteca mantenida con la entidad CAJA MAR por las subidas del tipo de interés.

DÉCIMONOVENO.- En definitiva y recopilación de todo lo dicho hasta aquí, de las pruebas practicadas ha quedado probado que el personal del CI que compareció a las firmas de los contratos marco y permuta financiera, así como conocimiento de riesgos y test de idoneidad, no tenían experiencia financiera suficiente para asumir el contenido, esencia y posibles consecuencias de aquéllos. Que tal personal del CI, se encontraba en una posición de inferioridad comercial frente al personal del BANCO demandado por cuanto que, este último gozó de la iniciativa en tales negociaciones, propusieron los instrumentos controvertidos, sin que el citado CI solicitare específicamente los mismos; y conforme a lo dicho con anterioridad, gozaban de la mejor formación sobre tales productos frente a personas legas en tales materias.

En otro orden de cosas, ha quedado probado que la información suministrada por la posición preeminente del BANCO demandado a su potencial cliente y hoy centro demandante, por la mejor y mayor formación económica de aquéllos, no se materializó en una mejor información y explicación de los productos al personal del CI, por cuanto que, aún la envergadura de la operación

en torno a cinco millones de euros, sólo se exhibió correctamente los documentos en una única reunión, a la sazón la de la firma de aquéllos, sin que en tan sólo una reunión previa se hubiere aportado copia o proyectos de contratos o precontratos que facilitaren el mejor conocimiento del cliente hoy C demandante.

Y en este punto es necesario realizar un inciso sobre la contradicción grave en la que incurre el BANCO demandado cuando en su contestación a la demanda manifiesta que no está obligado a asesorar a sus clientes, a los efectos de no asumir responsabilidad alguna por las decisiones del C , pero paradójicamente los testigos empleados del mismo, y en particular la declaración del director de zona que participó en la firma de los contratos, incidió de manera superlativa en la supuesta extensa reunión previa a tal firma y en la extensa explicación sobre tales contratos y que los mismos eran los que mejor se adaptaban a las peticiones del actor de resolver su preocupación por las subidas de interés, explicación que no puede tener otro calificativo que el de asesoramiento (en el Diccionario de la RAE: "Dar consejo o dictamen"); que en este caso sí que defiende paradójicamente la entidad demandada para a su vez defender la validez del consentimiento prestado en éste particular, por el centro demandante.

Por otro lado, de las pruebas practicadas ha quedado probada la intención del BANCO demandado, de captación del C por su volumen docente, a lo que éste último accedió, pero interesado en particular en una subrogación hipotecaria como elemento principal de contratación, sin que quede probada una voluntad de asunción expresa y consciente del riesgo que suponía los contratos realmente firmados como secundarios o parejos a tal eventual subrogación, que finalmente no llegó a culminarse, siendo ejemplo de ello que las primeras liquidaciones favorables a la actora no fueron dispuestas por ella, y que sólo se propuso por la entidad demandada la subrogación hipotecaria querida desde el principio, cuando la entidad actora quería cancelar los citados contratos marco y de permuta financiera si bien, asumiendo con esa misma financiación el coste de tal cancelación.

VIGÉSIMO.- En definitiva y aplicando la doctrina legal y jurisprudencial sobre el error en el consentimiento contenida en el razonamiento jurídico sexto de esta resolución; ha quedado probado que la entidad actora a través de sus representantes legales desconocían el verdadero sentido de los contratos marco de operaciones financieras y permuta financiera pues consideraban que aquéllos iban parejos a una subrogación hipotecaria, que era el objeto principalmente pretendido; subrogación finalmente no concedida por el BANCO demandado antes de que surgieran las discrepancias con aquéllos; error que ha recaído sobre un aspecto esencial del vínculo contractual, cuales son las distintas consecuencias negativas que pudieran generarle una bajada improbable en aquél entonces pero no imposible como notoriamente se ha demostrado, de los tipos de interés; y todo ello derivado de una insuficiente información a instancias de la entidad

demandada, a tenor de los mejores conocimientos que tenía sobre la misma; y sin que se aprecie ausencia de diligencia debida a los representantes del C en atención a los conocimientos de los mismos y la formación del citado Centro, sin que el asesoramiento externo que tuvieren en aquél momento, fuere suficiente u obligatorio para resolver las dudas que le quisiere plantear tales contratos. Por todo lo cual, a tenor de los artículos 1.261, 1.265, 1.266, 1.300 y 1.303 del C. Civil, se declara la concurrencia de error en el consentimiento prestado por el C en el contrato marco de operaciones financieras y su anexo de confirmación de permuta financiera de tipo de interés de fecha 15 de mayo del 2008 (doc. n° 3 y 4 de la demanda) suscritos con el BANCO SANTANDER, y por ende es procedente que los contratantes se restituyan recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, excluyéndose cualquier atisbo de confirmación tácita de tales contratos a tenor del artículo 1.311 del C. Civil, siendo ejemplo de ello que el C ni tan siquiera dispuso de las primeras liquidaciones efectuadas a su favor conforme a lo ya dicho con posterioridad.

VIGÉSIMOPRIMERO.- De conformidad al artículo 394 de la LEC; las costas procesales causadas en esta instancia, deberán imponerse a aquella parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas en su totalidad, por lo que las costas causadas con ocasión de la demanda serán impuestas a la parte demandada.

Por todo ello, se dicta el siguiente:

FALLO:

ESTIMAR TOTALMENTE la demanda formulada por el Procurador Sr. Rego Rodríguez, en nombre y representación de C SL, frente a BANCO SANTANDER, y por ello: **DECLARAR NULOS:** el contrato marco de operaciones financieras y su anexo de confirmación de permuta financiera de tipo de interés de fecha 15 de mayo del 2008 (doc. n° 3 y 4 de la demanda) suscritos con el BANCO SANTANDER, debiendo los contratantes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

Las costas procesales de esta instancia serán satisfechas por la parte demandada.

Notifíquese a las partes esta resolución, haciéndoles saber que contra la misma, cabe recurso de apelación, que deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de CINCO días siguientes a aquel en que se notifique esta resolución, para que sea resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Del mismo modo se informa a las partes que de conformidad al artículo 19 de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (BOE de 4/11/09), de modificación de la LOPJ, con entrada



en vigor el 05/11/09, el anuncio del recurso de apelación deberá estar acompañado de la documentación que acredite haber consignado la cantidad de CINCUENTA EUROS en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, bajo apercibimiento de su inadmisión en caso contrario, a salvo que estuviere asistido del beneficio de justicia gratuita.

Así lo acuerda, manda y firma, D. José Antonio Tejero Redondo, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Alcorcón (Madrid).

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Magistrado-Juez que la suscribe en audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.