

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 DE LORCA

C) PADRE MOROTE, S.N. - LORCA

Teléfono: 968-442373

Fax: 968-442339

N18740

N.I.G.: 30024 41 1 2012 0001389

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000140 /2012

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. S.L

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANCO DE SANTANDER, S.A.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA Nº88/13

En Lorca, a veintiocho de Junio de dos mil trece.

DÑA. SILVIA DURÁN ALONSO, Juez Sustituta del Juzgado de Primera Instancia nº Cinco de Lorca y su Partido, ha visto y examinado los presentes autos de **Juicio Ordinario**, seguidos con el nº **140 de 2.012**, a instancias de la mercantil , S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Salvador Díaz González de Heredia y defendido por el Letrado D. Gonzalo De la Peña Clavel, contra la entidad financiera BANCO DE SANTANDER, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Arcas Barnés y defendido por el Letrado D. Javier Gilsanz Unuaga, sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales D. Salvador Díaz González de Heredia, en nombre y representación de la mercantil

S.L., se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra el BANCO DE SANTANDER, S.A. Se alegaban en ella los hechos y fundamentos de derechos justificativos de la pretensión formulada, y terminaba suplicando que, previos los trámites oportunos, en su día, se dictara sentencia por la que se estime la demanda, se declarara la nulidad radical por falta de consentimiento del contrato marco de operaciones financieras suscrito entre las partes el 29 de diciembre de 2005, así como los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos en fechas 29 de diciembre de 2005, 22 de noviembre de 2006, 13 de marzo de 2008, y contrato de confirmación de opciones de tipo de interés collar, suscrito el 28 de noviembre de 2008 –solicitando subsidiariamente la nulidad radical de dichos contratos por nulidad de la cláusula esencial de cancelación anticipada- y se condene a la demandada a la devolución de la cantidad de 3.298.159,83 €, más intereses legales desde la fecha de las respectivas liquidaciones. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Presentada dicha demanda, con los documentos y copias, fue admitida a trámite, en virtud de Decreto de 17 de Septiembre de 2.012, y se dio traslado con emplazamiento a la demandada para que compareciera y contestara en plazo legal. Mediante escrito presentado el 23/10/12, el Procurador de los Tribunales D. Pedro Arcas Barnés, en nombre y representación del BANCO DE SANTANDER, se personó en autos y contestó a la demanda, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos y, tras ello, suplicó que, tras los trámites de rigor se dictara sentencia por la que desestime íntegramente la demanda deducida de contrario, condenando a la actora a las costas del presente procedimiento.

TERCERO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 03/12/12 fueron convocadas ambas partes a la audiencia previa, que tuvo lugar en la Sala de Audiencias de este Juzgado el pasado 24/01/13 con la asistencia de la representación procesal y letrada de ambas partes, que expresaron la subsistencia del litigio y solicitaron el recibimiento a prueba, proponiéndose como tales las pruebas documental, más documental y testifical por la parte actora, y el interrogatorio del actor, documental, más documental y testifical, por la parte demandada. Recibido el pleito a prueba, se declararon pertinentes las pruebas propuestas por ambas partes, señalándose para la celebración del juicio el día 11/04/13. Con tal fecha comparecieron las partes, sus Procuradores y Letrados, practicándose las pruebas admitidas con el resultado que obra en el soporte audiovisual realizado. Finalizadas las pruebas, ambas partes realizaron, sobre su resultado, las alegaciones que consideraron oportunas, tras lo cual quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado en esencia las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento el actor solicita la declaración de nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos por las partes y aportados con la demanda, así como, la devolución de la cantidad de 3.298.159,83 €, argumentando la nulidad de los mismos al existir un vicio de consentimiento derivado del desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, así como de la falta de información por parte del Banco a la hora de comercializar un producto financiero de alta complejidad técnica, sin asesorar convenientemente al cliente.

La mercantil demandada se opuso a tales pretensiones alegando, en primer lugar, caducidad de la acción ejercitada, y en segundo lugar, negando, con carácter general, el dolo en su actuación y, más concretamente, que existiera error o vicio alguno en el consentimiento prestado por la actora, toda vez que el firmante, administrador de la mercantil demandante, era perfectamente capaz de entender lo que estaba firmando, siendo la actuación del Banco en todo momento transparente y de buena fe.

SEGUNDO.- En primer lugar, en cuanto a la excepción de caducidad opuesta por la demandada, al considerar que el plazo de cuatro años que establece el Art. 1.301 del Código Civil había transcurrido en exceso en el momento de interponerse la demanda. Al respecto cabe citar la reciente Sentencia de 26 de Marzo de 2012 de la Audiencia Provincial de Cáceres, cuyo Fundamento de Derecho Sexto se pronuncia sobre esta cuestión en los siguientes términos: *“En el escrito de demanda*

se solicita con carácter principal la nulidad absoluta del contrato, y sobre el particular debe tenerse presente que entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la denominada nulidad radical o absoluta, y la mera anulabilidad o nulidad relativa, la primera concurre cuando falta alguno de los elementos esenciales del mismo, recogidos en el artículo 1.261 del Código Civil (consentimiento, objeto o causa). O bien cuando, pese a existir el consentimiento de los contratantes, el objeto sobre el que recae el contrato, y la causa del mismo, se ha celebrado con oposición a leyes imperativas o prohibitivas, cuya infracción da lugar a la ineficacia prevista en el Art. 6.3 del Código Civil . De otra parte se encuentran la denominada anulabilidad o nulidad relativa, que se produce cuando, existiendo consentimiento, objeto y causa, y no siendo contrario a ninguna norma imperativa o prohibitiva, existen vicios del consentimiento (error, dolo o intimidación); o uno de los contratantes no tiene la necesaria capacidad de obrar; o la causa es falsa.

Como recuerda la jurisprudencia, SSTS de 28 de abril de 2011 , 23 de septiembre de 2010 , 22 de febrero de 2007 , 4 de octubre de 2006 , entre otras muchas el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual, pues no contiene una regulación sistemática de la nulidad radical o absoluta, que la doctrina suele asimilar la inexistencia; el término «nulidad» que figura en la rúbrica del Capítulo IV, del título II de su libro cuarto y en los artículos 1.300 a 1.302, se refiere únicamente a los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad, según se deduce del hecho de que el primero de dichos preceptos parte de la base de que los contratos que pueden ser anulados a través del ejercicio de la acción que se regula en los otros dos son aquellos «en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261; los artículos 1.305 y 1.306, por su parte, se refieren a supuestos de nulidad de pleno derecho o absoluta, y otros preceptos, como los artículos 1307 y 1308, son de común aplicación a ambas especies de nulidad.

La necesidad de diferenciar ambas figuras es esencial, porque según se trate de una u otra acción (la de nulidad absoluta, o la de anulabilidad), las consecuencias son divergentes. Así, y en lo que aquí nos interesa, en cuanto a la prescripción, la acción de anulabilidad prescribe a los cuatro años, conforme establece el artículo 1.301 del Código Civil. Es un plazo de prescripción, no de caducidad.

En la nulidad radical, la acción es imprescriptible, y como en el presente supuesto se trata de nulidad radical o absoluta por falta de consentimiento, la acción no está sujeta a plazo de prescripción.” Por todo ello, la excepción de caducidad debe ser desestimada.

TERCERO.- En cuanto al fondo del asunto, en el presente supuesto, hemos de partir del deber de información que se predica y exige en la relación de una entidad financiera y su cliente, bien para llevar a cabo cualquier tipo de inversión, bien para suscribir un negocio jurídico, como el que nos ocupa, en el que es inherente la aleatoriedad y el riesgo. En este sentido, debe resolverse la cuestión objeto de debate sobre la base de exigir la diligencia profesional específica a la entidad de inversión, con un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar y de la persona a quien se dirige. Así lo ha declarado la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 enero 2006 en relación al deber de información y diligencia de una entidad financiera en la gestión de carteras de inversión, en la que con cita de la sentencia del TS de 11 de julio de 1998 se manifiesta que: *"La Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la*

obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el art. 255 C.Com. impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación; en el ámbito del mandato regulado en el CC, en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en forma más beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo"; sentencia que igualmente, con cita de la sentencia del TS de 27 de enero de 2003, declara que: "... la entidad efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad.(...) Conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1.943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.9988) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio..." (...)(...) Los datos y consideraciones ya expuestos permiten concluir que la demandada actuó, al menos con "ligereza", esto es, sin el cuidado exigible al demandado comerciante, pues las noticias que circulaban en su entorno más directo, hacían presumible la existencia de un alto riesgo que impedía estimar la inversión de los pagarés como segura y fiable, lo que determina, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1726 del Código civil; 255 del Código de Comercio y normas señaladas por el artículo 81 de la Ley de mercados de valores, la responsabilidad civil de la demandada, por los daños y perjuicios causados....."; doctrina que reproduce la sentencia de 30 de abril de 2010, también de la Audiencia Provincial de Asturias, en la que se trataba la inversión de unos productos financieros que representaba un situación de riesgo para el inversor, en la que también se postulaba la nulidad del negocio por vicio del consentimiento, producido por error del accionante, al igual que en el supuesto de autos, en el que nos hallamos ante la suscripción de un contrato de gestión de riesgos financieros que genera un alto riesgo, como el presente; deber de información que aún en la fase precontractual exigía la legislación vigente al perfeccionarse el contrato (artículo 79 LMV y RD 629/93). Indica dicha Sentencia que "Sobre este tipo de contratos se ha pronunciado la sentencia de esta Audiencia de 27 enero de 2010 que declara: "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. 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, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa". Al propio tiempo la pericial obrante en la litis (folio 173), lo define como un contrato de permuta financiera mediante el cual el cliente se compromete a pagar a un tipo de interés fijo, a cambio de recibir de BANKINTER un tipo de interés variable referido al Euribor, en el que la comunicación de flujos o intercambio de obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos diferentes, genera un riesgo de tipo de interés tanto al alza, como a la baja, de ahí que dicho informe lo califique de contrato especulativo, que conlleva el riesgo de producir ganancias o pérdida en el cliente, en la medida que fijado un tipo de interés fijo en el contrato, los tipos de interés futuro bajen, en cuyo caso se producirá una pérdida y una ganancia, si por el contrario, suben, carácter que con matizaciones declara la sentencia citada de 27 de enero de 2010 : "... De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 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...". Y termina diciendo, en cuanto a las características y naturaleza del contrato, que "Podemos concluir que el contrato de autos es un contrato teñido de evidentes notas de aleatoriedad y también en cierta medida, especulativo, que comporta un riesgo para quien lo concierta con la entidad, lo que obliga a reforzar la exigencia de una información bastante y adecuada, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa por la demandada al cliente, en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, y conoce en una situación financiera peculiar".

CUARTO.- En cuanto a contratos similares al que nos ocupa, se ha pronunciado también la Sección Quinta la Audiencia Provincial de Murcia en sentencia de 1 de abril de 2011 al partir de la condición de contratos de adhesión y que exige que el destinatario conozca de forma clara los riesgos inherentes a dicho producto financiero, sin que quede cumplido ese deber de información con la mera advertencia del riesgo de la operación; ese deber de información es más fácil de prestar dada la estructura organizativa de que dispone el banco para poder intuir la evolución de los mercados. Dicha Sala se ha pronunciado igualmente sobre la nulidad de estos contratos en parecidos términos cuando no prestan la adecuada información y vician el consentimiento en resoluciones de fecha 11 de julio y 21 de noviembre de 2011, 18 de mayo, 14 y 27 de septiembre de 2012, concluyendo todas ellas en la falta de información suficiente para el cliente, de modo que el consentimiento prestado a la hora de formalizar los contratos de permuta financiera llegó a estar viciado y por ello existían motivos para declarar nulos aquellos contratos.

Precisar aquí que por la fecha en el que fueron inicialmente suscritos los contratos litigiosos, no se encuentran sometidos a la posterior modificación de la Ley

47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la anterior Ley 24/1998 del Mercado de Valores, ni tampoco a la obligación de someter al firmante al denominado "test de conveniencia" regulado por el RD 217/2008, de 15 de febrero; pero, sin olvidar que, con relación a la Banca, la normativa pre-Mifid, el Real Decreto 629/1993, su artículo 16, y Código de Conducta, ya contenía las más importantes obligaciones que se recogieron en la Directiva Mifid y posterior Real Decreto 217/2008, no queda excluida la necesidad de que el cliente fuera suficientemente informado de las alternativas del producto financiero que adquiriría. Y lo que está claro también, como se hacía eco la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta, de 14 de diciembre de 2011 (rec. 361/2011), es que la tendencia del legislador en los últimos tiempos ha sido cada vez más proteccionista de la clientela y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras.

En esa misma sentencia, la Sección consideró oportuno traer también a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 4ª, de 21 de septiembre de 2011 (nº 308/2011, rec. 291/2011), en cuanto que, con cita de la sentencia de la Sección 3ª de la misma Audiencia Provincial de 2 de mayo del mismo año, además de recordar a la gran litigiosidad que, por la evolución de los mercados, ha generado el contrato de permuta financiera, alude al origen de esa litigiosidad y a la complejidad del mercado financiero.

Destaca esa sentencia que: *"... en menos de un par de años un contrato bancario sólo conocido en España por sectores muy concretos de la doctrina mercantilista, altamente especializada en Derecho bancario transnacional de origen internacional y con nula praxis jurisprudencial, ha pasado a presentar un nivel de litigiosidad desconocido y a convertirse en la estrella de los contenciosos en materia de Derecho bancario... a tal circunstancia han coadyuvado varios factores, que han venido a constituir un cóctel perfecto que ha avivado las llamas de tal litigiosidad: En primer lugar, una exitosa política comercial de las entidades financieras españolas, que, sin un sólo anuncio en ningún medio de comunicación, con motivo del incremento de los tipos de interés experimentados en el mercado crediticio en general y en el mercado hipotecario en particular, a partir del año 2006, hicieron ver a un importante sector de su clientela que les convenía concertar contratos que les permitiesen intentar atemperar el impacto en sus economías, ya domésticas ya empresariales, de esa entonces parecía que imparable ascensión de los tipos de interés (...) En segundo, lugar, el también brusco descenso experimentado por los mismos tipos de interés en un también breve espacio de tiempo, que incidió en que los mismos alcanzasen mínimos históricos hasta ese momento desconocidos en la práctica bancaria española. En tercer lugar, la crisis financiera y económica internacional y nacional desencadenada al final del verano de 2008... y gestada prácticamente al mismo tiempo en que el euríbor había experimentado su escalada".*

Y también que: *"El contrato de permuta financiera se engloba además en lo que la doctrina mercantil plantea como el resultado de una contratación tan singular como es la financiera. La contratación en el mercado financiero es una contratación compleja, con un elevado nivel técnico, que para su comprensión por el inversor exige la posesión de conocimientos o experiencia previos. Las entidades financieras se encuentran, por lo general, en una situación de superioridad frente a sus clientes, dado que disponen de mayor información para gestionar sus intereses en este mercado y también para asesorar o recomendar a los clientes la contratación de unos u otros productos financieros. Los clientes, por otro lado, confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación, por lo general, duradera, lo que*

conlleva que el cliente medio se fíe de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, sin confirmar la cualificación profesional del empleado, y sin consultar otras fuentes externas antes de proceder a la contratación sugerida o recomendada. Profesionalidad y confianza son, por lo tanto, dos elementos característicos de la relación de clientela en el mercado financiero, lo que conlleva a su vez la exigencia de un estricto deber de información".

QUINTO.- Hemos de analizar, pues, si en el caso concreto ha existido información adecuada a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio y la respuesta, a la vista de la prueba practicada y de la doctrina antes expuesta, ha de ser negativa, concluyendo que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato (art. 1.263 del CC), y ello por los siguientes motivos:

A).- El producto contratado es un producto complejo, y en cierto modo especulativo, cuyo comportamiento y riesgos solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero. Además, la iniciativa en la contratación partió de la entidad demandada y ahora apelante, concretamente del que fuera director de la oficina de Águilas, D. Cristóbal Martínez, tal y como explica el propio director de la sucursal en su declaración, en la que manifestó que tenían conocimiento de que la empresa tenía operaciones importantes contratadas con el Banco Popular, y por eso le ofrecieron lo que él mismo definió como una "cobertura de tipo". Y el producto se coloca a una clienta a la que, por las circunstancias concurrentes, era fácil colocárselo, ya que se trata de una empresa -la actora- que forma parte de las PYMES (el documento nº 3 no acredita que estemos ante un holding de empresas, como alega la demandada) que tenía cierto endeudamiento bancario –según señaló el legal Representante de la Actora, precisando que era con el Banco Popular- a interés variable; su legal representante carece de conocimientos de tipo financiero y confía precisamente en el asesoramiento del director de la oficina bancaria (reiteró durante su declaración el legal representante de la actora que el director le aseguró que no le iba a costar nada y que por eso precisamente se hacían las sucesivas renovaciones, y que además se le aseguró que con la firma de ese producto se le facilitarían la contratación de otras operaciones con el Banco Santander), si bien lo que finalmente ha sucedido es que los contratos suscritos han generado una deuda importante con cargo a la demandante; y es indudable que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no la actora.

B).- No consta que el legal representante de las mercantiles demandantes, que fue el firmante de los contratos, hubiese contratado con anterioridad productos financieros de complejidad similar al que nos ocupa, ni que sea experto en materia financiera. De hecho, solo constan que se hayan efectuado por éste operaciones mucho más sencillas, tales como pólizas de descuento o pólizas de préstamo. En consecuencia, carecía de conocimientos suficientes para advertir prima facie, y sin información adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado.

C).- En la fase precontractual de formación del consentimiento, se ha discutido si el contrato ofertado lo fue como condición para suscribir futuras

operaciones con el banco de Santander, y siempre bajo la premisa de que no iba a costar nada al cliente (tesis de la demandante), o por el contrario se trata de un contrato de gestión de riesgos financieros que suscribió la parte actora (tesis de la demandada) para precaverse frente a posibles subidas de los tipos de interés que pudieran incidir en los productos contratados con el Banco, y puede afirmarse que en realidad el demandante no sabía qué era lo que estaba firmando. De hecho, por el legal representante de la actora se asegura que, asesorado por el que era director de la sucursal D. Cristóbal, firmó confiado de que no le iba a suponer ningún coste. Por otra parte, el director de la sucursal deja claro con sus evasivas que él no explicó el funcionamiento del producto en la creencia de que el administrador de la actora conocía la naturaleza y finalidad del contrato "porque allí estaba todo explicado", si bien indica que no lo leyó en su presencia, que no se le remitió con anterioridad para que lo revisara, que tardaron en firmar unos diez minutos, y que no se facilitaron cifras de cancelación anticipada "porque no se podía saber". De esta declaración se desprende claramente que el demandado no fue adecuadamente informado de las consecuencias negativas que tendría una posible bajada de los tipos de interés, como así fue, puesto que tras un breve período inicial en que se mantuvo una tendencia alcista moderada, se produjo una bajada muy acusada de tipos, dando lugar a liquidaciones negativas para el demandante, dándose la circunstancia de que las liquidaciones positivas son de menor importe, mientras que, por el contrario, las liquidaciones negativas son mucho más numerosas y de importes mucho más elevados. La falta de información referida no puede en ningún caso salvarse con las declaraciones de José Albarracín y Amparo Sicilia, empleados de la entidad que insisten en la información adecuada, si bien nada consta documentado, y los power point aportados son de 2009 y 2010, sin que de las propias declaraciones del director de la sucursal se desprenda que tal información existió desde un primer momento. Pero es que además, y tal se indicó por el perito de la actora, Sr. Miró, los dos primeros contratos se cancelaron antes del vencimiento, anticipadamente, a instancias de la propia entidad según se refiere por el legal representante de la actora, pese a que en ambos al Banco le hubiera correspondido pagar al final del contrato.

En resumen, es el Banco demandado el obligado, conforme a las normas de distribución del "onus probandi" del artículo 217 de la LEC, a acreditar que proporcionó a la demandante la información necesaria para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, y éste nada ha probado al respecto, pues no es suficiente, a estos efectos, la declaración prestada por los empleados del Banco, de modo que hemos de concluir que el contrato se concertó sin que hubiese dado al cliente el Banco apelante una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía el contrato de permuta financiera que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de tipos de interés, para formar correctamente el consentimiento del actor.

Ni siquiera consta que el Banco hubiese sometido al cliente demandante a algún tipo de cuestionario que pudiese informar al banco acerca del perfil de aquel, y poder ofrecerle productos proporcionados a dicho perfil y al riesgo que el cliente estuviese conscientemente dispuesto a asumir, y pese a ello le ofertó un producto complejo sin ofrecerle la información necesaria para que pudiese comprender su funcionamiento y los riesgos que comportaba su contratación.

D).- Por otra parte esta falta de información previa no se subsana al firmar el contrato, cuyo contenido adolece también de graves omisiones de información que abundan en el error padecido por la demandante. En concreto, no aparece en los contratos aportados una información adecuada sobre el riesgo que comporta una evolución a la baja del tipo de interés variable referencial, pues dicha información se limitó a las advertencias que se contienen en las cláusulas adicionales de los contratos suscritos, en las que se expresa que “las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación”. En cuanto a los anexos que describen el funcionamiento de cada uno de los contratos suscritos, esta información es, además de confusa, claramente insuficiente, toda vez que, aunque se exprese en el contrato cuales son los tipos de interés “barrera”, no se ha facilitado información suficiente sobre los diferentes escenarios posibles, poniendo en conocimiento del cliente las cantidades concretas que podían ser objeto de liquidación, positiva o negativa, así como de las previsiones del Euríbor, de manera que la información facilitada se considera, en atención a la incuestionable complejidad del producto, excesivamente genérica e insuficiente pues se reduce a ilustrar lo obvio, esto es, que como se establecen como límite a la aplicación de los tipos fijos indicados un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial (Euríbor). Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés. De hecho, por el propio perito de la actora se indicó en el acto de la vista que el banco deja la cobertura abierta a aquello que puede perjudicar al cliente y pone barreras a lo que puede beneficiarle, toda vez que los tipos barrera por encima son muy altos, y por abajo son muy altos también (de modo que para que se beneficie el cliente tiene que subir mucho el tipo de interés de referencia, mientras que para que se vea perjudicado no tiene que bajar demasiado).

Así pues, estamos ante un producto especulativo, ya que para poder calcular y valorar las implicación de la variación del tipo de interés y así calcular las eventuales liquidaciones periódicas, así como para calcular el coste de cancelación –respecto del cual en los contratos sólo se indica que será “el de mercado”, sin especificar cómo se hará el cálculo-, se requieren unos conocimientos financieros elevados, sin que el cliente, respecto del que no consta perfil inversor, ni que haya contratado con anterioridad productos de este tipo, pueda calcular unilateralmente las futuras liquidaciones. Por otra parte, es manifiestamente desequilibrado, a la vista de la cuantiosa diferencia entre las liquidaciones efectuadas a favor de la actora, y las efectuadas a favor de la entidad.

En definitiva, correspondiendo, como se señalaba en la sentencia de 14 de diciembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Quinta), a la entidad bancaria demandada, conforme a las normas de distribución del "onus probandi" del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la carga de acreditar que proporcionó a la demandante la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal, documentado e informado sobre el producto que iba a contratar, en este caso es claro que el Banco demandado en ningún momento facilitó a la actora la información necesaria que debía proporcionarle para que tuviera un conocimiento preciso de las características del producto que contrataba y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía que,

desde luego, por cuanto ha quedado expuesto, de la sola lectura de las cláusulas no podía llegar a inferirse. Y, si bien una cosa es la infracción de las normas u obligaciones de información y transparencia y otra cosa es si ha habido error en el consentimiento, para cuya apreciación es preciso que la representación equivocada merezca la consideración de "razonablemente segura", tal y como deja claro la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 (nº 683/2012, rec. 1729/2010), sin embargo, a diferencia del contemplado por esa sentencia del Alto Tribunal que motiva el rechazo de la existencia del vicio del consentimiento en la contratación de un Swaps, en el que de la "...naturaleza de la operación tuvo conocimiento la demandante, no sólo por resultar así de los trazos fundamentales de la reglamentación pactada, sino también, porque fue expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos...", en el presente caso, como en el también contemplado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de junio de 2012 (rec. 210/2012), las omisiones en la información ofrecida por el Banco sobre aspectos principales del contrato, unido a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, hubo de producir en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil.

Es verdad que, como también viene a advertir aquella sentencia del Tribunal Supremo, según la jurisprudencia, el error para ser invalidante ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de auto-responsabilidad y buena fe, este último consagrado en el artículo. 7 del Código Civil. El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración (sentencias, entre otras, de 4 de enero de 1.982 , 6 de febrero de 1.998 , 30 de septiembre de 1.999 , 26 de julio y 20 de diciembre de 2.000 , 12 de julio de 2.002 , 24 de enero de 2.003 y 17 de febrero de 2.005). Y baste aquí recordar lo que ya ha quedado expuesto respecto a la complejidad del producto financiero, a la información, o más bien falta de información o desinformación, facilitada por la entidad bancaria, a los deberes que a ésta incumbían y a que el legal representante de la actora, aunque quepa presumir que era conocedor de la realidad mercantil, en modo alguno puede ser considerado un experto financiero, que, sin embargo, sí podía confiar en los consejos de los profesionales del Banco con el que trabajaba.

Y a esas apreciaciones tampoco obsta que la actora reaccionara pidiendo la nulidad cuando se le cargan las liquidaciones negativas. Aunque lo que se sostiene es que el producto iba renovándose precisamente para evitar esas liquidaciones negativas, acudió a la sucursal de la entidad bancaria en busca de una explicación que no supieron darle (de hecho, se manifiesta tanto por el legal representante de la demandada como por el administrativo de la misma, Sr. Muñoz, encargado de la contabilidad, que pensaban que con la suscripción del contrato aportado como doc. 6 de la demanda estaba todo cancelado), es lógico que su sorpresa fuera mayúscula cuando se le realizan los importantes cargos por liquidaciones negativas. Es entonces cuando se percatan del engaño de la entidad bancaria.

Señalar que este tipo de alegato relativo a que el cliente sólo reclama a raíz de los cargos negativos, además vinculado con la doctrina de los actos propios, puede ser considerado común en supuestos como el que nos ocupa, pues en los contemplados en sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, de 14 de diciembre de 2011 y 28 de junio de 2012 también se aducía; y, como señala la primera de las sentencias, las conclusiones sobre la existencia del consentimiento viciado de la sentencia de primera instancia que era objeto del recurso de apelación por ella resuelto, *"no resultan desvirtuadas por la alegada infracción de la doctrina de los actos propios que se aduce en el recurso, fundada básicamente en que la mercantil demandante nada objetó cuando se le hicieron liquidaciones positivas, pues tal infracción no existe, en la medida que aquélla, sus socios y representantes legales, no eran conscientes de tener contratado ningún producto financiero que pudiera dar lugar a las liquidaciones negativas y actúan cuando se percatan del error"; y, como dice la segunda, "el que la demandante sólo cuestionara la eficacia del contrato tras practicarse varias liquidaciones, positivas y negativas, no supone la convalidación del contrato por su conducta anterior. La demandante no era consciente de tener contratado ningún producto financiero que pudiera dar lugar a las liquidaciones negativas y actúan cuando se percata del error. Que se quejara sólo cuando aparecen las liquidaciones negativas, es un comportamiento lógico, pues es sólo entonces cuando puede alcanzarse a percibir el error cometido"*.

Conforme a lo anterior, todo este cúmulo de desinformación se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues tan parca e incompleta información hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega, por lo que no es predicable del caso que nos ocupa lo señalado por la Sentencia del TS de 17 de febrero de 2005, según la cual es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras), y que calificamos de esencial o trascendente, en el sentido declarado, entre otras, por la STS de 17 de julio de 2006 que expresamente afirma *«... tiene tal carácter el error que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004)»*; razones todas ellas que obligan a estimar íntegramente la demanda, debiendo reintegrar la demandada las cantidades percibidas en virtud del contrato suscrito.

La declaración de nulidad efectuada conlleva aplicación del artículo 1303 del Código Civil, debiendo restituir la demandada las cantidades entregadas por el actor con los intereses legales desde su entrega, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1101 y 1108 C.C.

SEXTO.- Conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la demandada el pago de las costas procesales causadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos:

FALLO

ESTIMAR la demanda interpuesta por la representación procesal de la S.L., contra el BANCO DE SANTANDER, S.A., y en consecuencia, DECLARAR LA NULIDAD del contrato marco de operaciones financieras suscrito entre las partes el 29 de diciembre de 2005, así como los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos en fechas 29 de diciembre de 2005, 22 de noviembre de 2006, 13 de marzo de 2008, y contrato de confirmación de opciones de tipo de interés collar, suscrito el 28 de noviembre de 2008 –aportados como documentos 1, 2, 3, 5 y 7 de la demanda-, debiendo procederse a la recíproca restitución de lo que hubiesen percibido las partes por razón de dicho contrato, condenando por tanto a la demandada a la devolución de la cantidad de **3.298.159,83 €**, más intereses legales desde la fecha de los respectivos cargos. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Esta sentencia no es firme, y contra la misma cabe recurso de apelación que deberá interponerse en el plazo de veinte días desde la notificación de la presente resolución, a través de escrito presentado en este Juzgado en la forma prevista en el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para su conocimiento y fallo por la Audiencia Provincial de Murcia.

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión de su original en el Libro de Sentencias Civiles de este Juzgado.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria nº 19 de la LO 1/2009 de 3 de Noviembre, para recurrir esta resolución habrá de efectuarse en la cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado, un depósito por importe de 50 EUROS, sin el cual no se tendrá por preparado/interpuesto, el correspondiente recurso.

Así por mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Juez Sustituta que la dictó, hallándose celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha. DOY FE.

Lo anteriormente transcrito concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, extendiéndose el presente en LORCA, a veintiocho de Junio de dos mil trece.

LA SECRETARIA JUDICIAL,