

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4
ELCHE (ALICANTE)**

Calle EUCALIPTUS, 21
TELÉFONO: 966917328

N.I.G.: 03065-42-2-2012-0006256

- Recepción -

Lexnet

17 - feb - 2015

Efectos día siguiente
Art. 151 de la L.E.C.

Notificado al Procurador

18 - feb - 2015

Yolanda Sánchez Orts

Procedimiento: Asunto Civil 001065/2012

SENTENCIA Nº 000038/2015

En la ciudad de Elche, a dieciséis de febrero de dos mil quince.

D. CARLOS SAN MARTÍN GÓMIZ, Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Elche y su partido judicial, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 1065/2012, seguido a instancia de BANCO DE SANTANDER, S.A., representada por el Procurador Sr. Ruiz Martínez contra, representada por la Procuradora Sra. Sánchez Orts, y en los que se dedujo demanda reconvenicional por el segundo frente a la primera, de los que se deducen los siguientes:

1 ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. A este Juzgado por turno de reparto la demanda presentada por el Procurador Sr. Ruiz Martínez, en la mencionada representación en fecha 28-03-2012, procediéndose a registrar como Juicio Ordinario con el nº 1065/2012.

En la citada demanda inicial se ejercitaba acción de reclamación de cantidad, y para ello, tras exponer los hechos base de su pretensión y alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, interesó que se condenara al demandado al pago de la suma de 38.496'55 euros, mas intereses y costas.

SEGUNDO. Dicho lo anterior, se acordó, en virtud de decreto de 05-04-2012, admitir a trámite la demanda y se dio traslado a la parte demandada que, en fecha 03-10-2012, a través de la Procuradora Sra. Sánchez Orts, presentó escrito de contestación en el que solicitaba la íntegra desestimación de la demanda con imposición de costas.

En el referido escrito formulaba demanda reconvenicional por la que terminaba solicitandola nulidad de los contratos definidos

en los documentos n° 1 y 3 de la demanda inicial, suscritos con la entidad Banco de Santander, S.A., en fecha 26/05/2008, condenando a la reconvenida a estar y pasar por dicha declaración, con reintegro o devolución de las contraprestaciones de cualquier orden nacidas de dichos contratos, o bien alternativamente, se declare la resolución por incumplimiento grave de las obligaciones esenciales que recaían en esa entidad, especialmente la obligación de información, con condena a la indemnización de restitución de las cantidades nacidas del meritado contrato, y subsidiariamente se declare la nulidad de las cláusulas relativas a la cancelación anticipada del contrato, con resolución del mismo sin coste alguno por dicho motivo, y con imposición de costas.

La reconvenición fue admitida a trámite mediante decreto de 12-11-2012, dándose traslado a la actora que, mediante escrito de fecha 13-12-2012 presentó su contestación interesando la íntegra desestimación de la reconvenición, con imposición de costas.

TERCERO. Por medio de decreto de fecha 19-12-2012 se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa, que tuvo lugar el día 03-10-2013, y en la que, no existiendo posibilidad de llegar a un acuerdo, se declaró abierto el periodo de proposición de prueba.

La actora propuso la documental de su demanda y contestación a la reconvenición y el interrogatorio de parte, siendo admitida.

La demandada propuso el interrogatorio de parte, la documental de su contestación y reconvenición, documental por requerimiento a la reconvenida, siendo admitidas.

Concluida la audiencia previa, se señaló vista para el día 01-07-2014, en el que, una vez practicada la prueba admitida, se concedió la palabra a las partes para formular sus conclusiones.

Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los presentes autos vistos para sentencia.

CUARTO. En el presente proceso se han observado los términos y prescripciones legalmente previstos, salvo el plazo para dictar sentencia por las siguientes razones:

1°.- Complejidad del asunto, en comparación con la mayor parte de procesos de esta misma clase.

2°.- Pendencia de otros asuntos en igual estado procesal, cuya antigüedad exige su resolución previa a la de éste.

3°.- La sobrecarga de trabajo que recae en este Juzgado, que triplica el módulo de entrada de asuntos previsto por el Consejo General del Poder Judicial. Recientes informes estadísticos arrojan que el Juzgado tiene una entrada de asuntos del 340%.

4°.- Rendimiento del Magistrado notablemente superior con el presupuestado anualmente, a razón del 170%, según datos obtenidos de la misma fuente.

5°.- Insuficiencia de las medidas que puedan aliviar la carga de trabajo, la inicial medida de refuerzo que, desde 2012 contaban los Juzgados de Primera Instancia de Elche (dos jueces) expiró y no ha sido hasta principios del mes de junio de 2014 en el que los cinco juzgados se han visto reforzados con un solo Juez de la reciente promoción de la Escuela Judicial, siendo que la gestión de los señalamientos corre a cargo de este Juzgador, limitándose en refuerzo a la celebración de la vista y dictado de sentencia.

6°.- A finales del mes de noviembre y principios del mes de diciembre de 2014, el Juzgador, al margen de la carga de trabajo antes indicada, tuvo que atender la sustitución en el Juzgado de Familia de este partido judicial por lo que durante dos semanas se celebraron vistas todos los días, sin suspensión, lo cual obligó durante el resto del mes de diciembre a atender casi en exclusiva el dictado de las sentencias de dicho Juzgado, en detrimento de los procedimientos en curso del órgano cuya titularidad se ostenta.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Mediante el presente proceso de carácter civil la parte actora del mismo ejercita acción de reclamación de cantidad, siendo el domicilio del demandado este partido judicial, a fin de obtener de este una cantidad, acción y procedimiento para cuyo conocimiento es competente este juzgado, sin que se haya cuestionado por ninguna de las partes la competencia de este juzgado.

Frente a dicha pretensión al demandado se ha opuesto en la forma que consta en autos, formulando demanda reconvenicional interesando la declaración de nulidad de operaciones financieras, para la que este Juzgado se ha declarado competente.

La actora reconvenida se ha opuesto a la misma en la forma que consta en autos.

SEGUNDO. Síntesis de las alegaciones de las partes.

(1).- La demanda

Interpone demanda la entidad Banco de Santander, S.A., frente al Sr. [redacted] en reclamación de la suma de 38.496'55 euros, indicando que el 22 de mayo de 2008, y con arreglo a la normativa MiFID, se extendió el test de conveniencia en el que el demandado fue calificado como "minorista" y fue informado de las características del Contrato Marco de Operaciones Financieras (en adelante, CMOF) que firmaron el día 26 de mayo. Con arreglo a dicho CMOF se suscribe una Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar con base nomenclal de 447.000 euros con fecha inicio el 30 de julio de dicho año y vencimiento el 20 de julio de 2013, siendo la primera liquidación anual con resultado neutro. La segunda liquidación es reclamada en el presente proceso, por importe de 12.812'20 euros, suma que fue devuelta y, acogiéndose la actora a la estipulación novena del CMOF, se acordó la liquidación anticipada del contrato, calculando el importe de la indemnización por dicho concepto en la suma de 25.684'35 euros.

Presenta documentos, entre los que se hallan los referidos contratos, con los n° 1 al 12.

(2).- La contestación

Contesta, y se opone, el Sr. [redacted] a la pretensión formulada por la entidad demandante alegando la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras, sus anexos y la Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar, por vicio del consentimiento, falta de objeto cierto -indeterminación de contraprestaciones esenciales, en alusión al coste de cancelación anticipada- y falta de causa -por no cumplir con su finalidad de estabilización de costes financieros de las operaciones de pasivo-, motivos que igualmente reconduce al primero.

Destaca que la demanda no hace alusión a la fase precontractual y coetánea a la firma de los contratos ni a la información que fue facilitada por la actora al cliente, ni tampoco al articulado de los contratos y su terminología que califica de incomprensibles para un ciudadano medio, dado su carácter complejo y especulativo. Y explica, en este sentido, que carece de estudios superiores, aunque ha desarrollado su actividad profesional en el ámbito de la asesoría de empresas en sus facetas contable, fiscal y laboral, actualmente en el marketing, publicidad y tramites relacionados con las subvenciones, así como en el sector inmobiliario. Sin embargo, dice, carece de actuaciones profesionales relacionadas con el mercado de valores y los

productos derivados financieros, contando con la financiación de la oficina de la entidad actora para la adquisición de su vivienda habitual. En la época de suscripción de los contratos, el demandado precisaba liquidez para su negocio y economía familiar, aperturando el 9 de mayo una póliza de crédito de 32.000 euros y otra de negociación de efectos por suma de 40.000 euros, siendo que días después se le ofrece a la firma los documentos contractuales que se acompañan a la demanda como un producto que el banco comercializa para cumplir sus objetivos y dar cobertura o asegurar a clientes con préstamos hipotecarios ante el alza de tipos de interés, sin coste alguno. Dichos documentos, afirma, fueron suscritos sin contar con tiempo para alcanzar conocimiento sobre lo que se estaba firmando, al carecer de fase precontractual, folleto informativo o publicidad.

Del CMOF destaca las numerosas definiciones y terminología financiera empleadas, que se le presentó como una mera formalidad y de la que no se le hizo entrega de copia. Por lo que se refiere al Test de Conveniencia, fue redactado unilateralmente por el director de la oficina y algunas de las respuestas que constan en el mismo no se ajustan a la realidad. Y el de Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar, asegura haber sido manipulado por la actora a la vista de la copia que aporta junto contestación, citando incluso un artículo del Código Penal que se refiere al delito de falsedad documental, y cuyas condiciones fueron establecidas por la actora sin negociación alguna y sin explicar o informar las expectativas de evolución del Euribor en el mercado que hagan o no recomendable su contratación, rechazando lo afirmado por la actora sobre el carácter inesperado del desplome de dicho índice. Cita que en el mes de mayo de 2008 estaba al 4'994%, y desde finales de ese año comienza a descender hasta el 1'243% del mes de octubre de 2009.

No se informó, según sostiene el demandado, de otros escenarios posibles que no fueran los propios de una subida de tipos por encima del "cap" del 5'99%, por lo que el cliente no era consciente del riesgo que entraña la operación. Destaca que el Euribor, desde el año 1999, nunca ha alcanzado el tipo del 5'99%, citando como máximo histórico el de junio de 2008 -5'361%-. Y sostiene que un justo equilibrio de prestaciones derivadas de dicho contrato exigiría que el tipo llegara a superar el 8%. Adicionando a tales consideraciones la que califica como teórica cobertura del pasivo, esto es, el préstamo hipotecario suscrito el 5 de octubre de 2005, que durante sus cinco primeros años tenía un periodo inicial a interés fijo del 3'55%, por lo que hasta octubre de 2010 no era necesaria cobertura alguna e, incluso la Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar fija como mínimo el 4'20%.

En cuanto al coste de cancelación anticipada, manifiesta que su determinación o concreción no consta en el contrato, ni se dieron explicaciones al respecto al demandado. Analiza, entonces, el CMOF, su clausulado y anexos, concluyendo que la cancelación anticipada queda a arbitrio de la entidad y se remite en su cláusula 14 a un criterio de valor de mercado que el propio demandado afirma desconocer. A la vista del documento aportado como "carátula de cancelación" y los detalles que cita del mismo, entiende que esta cláusula es nula y, por su entidad, se extiende al contrato que la incluye.

Acompaña a su contestación documentos que desglosa y describe en el apartado cuarto, bajo los n° 1 a 15.

(3).- La demanda reconvenzional

Igualmente, interpone el Sr. demanda reconvenzional frente a la entidad Banco de Santander, en la que se deducen tres pretensiones distintas, y por este orden:

En primer lugar, solicita la nulidad de los contratos suscritos por vicio del consentimiento, inexistencia de causa y objeto cierto, remitiéndose a los argumentos ofrecidos en su contestación.

En segundo lugar, y con carácter alternativo al anterior, la resolución del CMOF y de la Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar por incumplimiento de la reconvenida de su deber de información sobre los productos de inversión compleja (naturaleza, funcionamiento, expectativas o previsiones de mercado, riesgos posibles y coste de cancelación anticipada), vulnerando los buenos usos y prácticas bancarias.

En tercer lugar, y de manera subsidiaria, solicita la declaración de nulidad de las cláusulas referentes a la cancelación o vencimiento anticipado del contrato, que deberá producirse sin coste alguno para el reconviniente. Reitera y se remite a los argumentos fácticos vertidos con anterioridad sobre este particular, si bien esta pretensión se deduce si llegara a considerarse como no esencial este aspecto del contrato.

(4).- La contestación a la reconvección

Frente a las pretensiones ejercitadas en la demanda reconvenzional, la entidad Banco de Santander se opone e interesa su íntegra desestimación. Sostiene que se dio información correcta y exacta al Sr. previo a la firma, de los riesgos

que asumía, sin que se indujera a error alguno. Destaca que el cliente es un experimentado asesor y consultor de empresas, que conocía lo que estaba firmando y acompaña información obtenida de internet, de la que se desprende tener experiencia financiera y fiscal, ostentando cargos tales como presidente de la Asociación Valenciana de Acción responsable, miembro del comité ejecutivo de la Asociación Terciario Avanzado (ahora presidente) y tiene Master en Dirección de Marketing por Fundesem.

La ausencia de lectura de los contratos antes de su firma por el reconviniente, es a su entender, fruto de su propia falta de diligencia. Destaca, en este sentido, el tenor de una de las cláusulas, referida al "conocimiento de los riesgos de las operaciones", y expone doctrina jurisprudencial sobre el error con trascendencia anulatoria del contrato que, en el caso que nos ocupa, no es aplicable por sostener su válida celebración entre las partes, por lo que estima que las alegaciones del reconviniente no vienen sino a eludir su obligación de pago, y cuyo cumplimiento insta mediante su demanda principal.

Sobre los Swap o permutas financieras, mantiene que sus cláusulas no son oscuras, abusivas, leoninas ni engañosas. Sin contratos cuya redacción procede de la Asociación Española de Banca Privada y protocolizados ante Notario el 5 de febrero de 1997, así como ha pasado los filtros de organismos como la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España. Expone las consideraciones doctrinales sobre el concepto, naturaleza jurídica y características del Swap de tipos de interés, así como los efectos que le son propios.

Por lo que se refiere a la alternativa resolución contractual, reitera que el Sr. Ga. es una persona conocedora del mundo financiero por razón de su profesión, y que ya ha operado previamente en el mismo, lo cual fue transcrito en el test de conveniencia suscrito el 22 de mayo de 2008.

Finalmente, en cuanto la subsidiaria declaración de nulidad de la cláusula de cancelación o vencimiento anticipado, se opone igualmente. Explica que cada vez que se ofrece el producto la entidad cubre este riesgo contratando una operación en sentido inverso con otra entidad financiera, asegurando la neutralidad de la operación. Por lo que el beneficio lo sitúa precisamente en esta segunda operación, negociando un tipo inferior. En este sentido, afirma que la entidad, en caso de cancelación anticipada, asumiría totalmente el riesgo del cliente. Sobre la cancelación, sigue diciendo, exigiría acuerdo expreso de las partes y que se hiciera a precio de mercado, remisión que ha sido considerada correcta por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Presenta documentos que enumera del nº 1 al 4.

TERCERO. Acerca del tipo de contrato examinado en autos: Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF). Contrato de Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar.

Puede citar este Juzgador, como ya se ha hecho en otras resoluciones anteriores, la instructiva ponencia del Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, IGNACIO FARRANDO MIGUEL, titulada **"SWAPs y otros derivados financieros. Problemática jurídica"** que, al emplear los términos anglosajones "coupon swap" e "Interest Rate Swap (IRS)" aporta una definición del tipo de negocio jurídico ante el que estamos presentes:

"El IRS suele definirse como un contrato atípico, bilateral, sinalagmático, aleatorio o especulativo, de tracto sucesivo y duración determinada, por el que (en su modalidad más básica) dos operadores (cliente y entidad) se comprometen a intercambiar durante un cierto periodo, y al llegar la fecha de liquidación (o fechas, en caso de existir varias, que es lo común), las prestaciones dinerarias que fueron pactadas. Por ejemplo, una parte entregará a la llegada de la fecha de liquidación el importe resultante de aplicar un tipo fijo sobre un importe nocional (esto es: que no existe, y sólo sirve para calcular esas cuotas); y, la otra parte, entregará en esa misma fecha, el importe resultante de aplicar un tipo variable (p.e.: tipo del Euribor a 1 año) sobre el mismo nocional. Este intercambio da lugar a un flujo de prestaciones en dinero, positivas o negativas para uno (cliente) o la otra (entidad financiera), según resulte el valor del índice (en el caso: Euribor 1 año) en la fecha de liquidación. De lo anterior se desprende que el SWAP es un "juego de suma cero" por lo que lo que una parte gana, la otra lo pierde".

Por su parte, la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos de 7 de febrero de 2012 (Roj:SAP BU 111/2012) recogía en su fundamento de derecho tercero las siguientes consideraciones conceptuales:

"Los anteriores contratos de gestión de riesgos financieros no son otra cosa que una permuta de tipos de interés o swap de intereses.

Esta Sala en sentencia de 12 de septiembre de 2011 ha indicado que: "El Swap de intereses o permuta financiera de tipos de interés es un contrato carente de una regulación detallada, que sin embargo aparece mencionado en el artículo 2 de la Ley del Mercado de

Valores, al cual por lo tanto le es de aplicación. Su contenido y características no vienen definidos por la ley sino por el uso que se ha hecho del mismo en la contratación mercantil. Podemos decir que los Swap son contratos en los que las partes acuerdan intercambiar entre sí flujos de caja futuros que obtendrán sobre un determinado nominal pactado en el contrato, y que se referencia a alguna variable, como puede ser un tipo de interés, una determinada divisa, etc.... Son derivados financieros, llamados así porque su principal característica estriba en que su valor depende de otro activo o índice. El activo o índice que lo condiciona es denominado activo subyacente, pudiendo ser éste de muy diversa naturaleza (así, el patrón oro, materias primas, tipos de interés, divisas etc.). De esta forma, su valor cambia en correlación con las variaciones de precio del activo subyacente y se liquidan en una fecha futura, de manera única o periódica.

Dentro de los Swap, el llamado swap de intereses es aquel en el que las partes acuerdan pagarse recíprocamente los intereses de un nominal, que para una de las partes es un tipo fijo y para la otra un tipo variable. En el swap de intereses no hay pago del nominal y este solo sirve a los efectos del cálculo de intereses que son los únicos pagos que realizan las partes. Y la liquidación se produce por compensación de forma que el saldo de cada período será favorable al que haya apostado por el tipo fijo, si el tipo variable ha sido superior, y será favorable al que haya apostado por el variable si este desciende por debajo del tipo fijo.

Dicho así el producto parece un mero producto especulativo o de inversión, pues las partes condicionan sus expectativas de ganancia a algo tan imponderable como es la subida o la bajada de un determinado tipo de interés (euribor, libor, etc...).

No obstante lo anterior, el swap de intereses puede servir para otra finalidad cuando se vincula a operaciones de endeudamiento ya existentes entre las mismas partes que firman el swap. En estos casos la firma del swap tiene la virtualidad de asegurar al cliente, que tiene una deuda con el banco referenciada a un tipo variable, un interés fijo por todo el montante de esa deuda, al menos por la parte de la deuda que coincida con el nominal del swap.

La mecánica es sencilla y opera del siguiente modo: El cliente tiene una deuda con el Banco que paga a un interés variable (euribor por ejemplo) y le interesa convertir ese interés en un tipo fijo. Para ello contrata un Swap obligándose a pagar al Banco un interés fijo sobre un determinado nominal que resulte coincidente con la deuda que tiene con el Banco, y el Banco paga al cliente el euribor

sobre el mismo nominal. Cuando el euribor suba por encima del tipo fijo, la consecuencia es que el cliente pagará por la deuda el euribor, pues los términos de la deuda no se modifican, pero recibirá por efecto del swap la diferencia entre el tipo fijo y el euribor. Cuando el euribor descienda por debajo del tipo fijo, el cliente pagará este euribor, que es inferior al tipo fijo del swap, pero como está obligado a pagar al banco la diferencia entre los dos, resulta que seguirá pagando el mismo tipo fijo. Este es el efecto que normalmente tienen los swap de intereses cuando son productos ofrecidos por las entidades financieras a sus clientes. Para la entidad financiera es una operación de inversión, de carácter netamente especulativo, pero para el cliente es una operación que le asegura de las fluctuaciones o cambios de interés.

Dicho lo anterior, lo cierto es que para entender la mecánica del Swap es necesaria una detallada explicación, y aunque puede tener para el cliente el beneficioso efecto de asegurar el pago de un determinado tipo de interés, no dejan de tener del todo un componente especulativo. De esta forma, y por un defecto de información, quizás confiando en una situación actual favorable, se puede perder de vista otra posterior que ya no lo sea. Por eso las condiciones en las que se haya firmado el Swap (plazo de duración, vinculación con otras operaciones de endeudamiento, importe del nominal, cláusulas que afecten de forma diferente al banco y al cliente, barreras que impidan una excesiva diferencia de tipos) no son irrelevantes para una mayor o menor exigencia del deber de información de la entidad bancaria. También habrá que tener en cuenta el conocimiento que el cliente tenga de estas operaciones, su perfil, así como sus necesidades y motivaciones para contratar un swap".

Finalmente, también se ha pronunciado la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de marzo de 2012 (Roj:SAP M 4006/2012), en el sentido de entender que:

"Los contratos denominados «de permuta financiera», «de intercambio de tipos» o «de intercambio de cuotas» -« swap » en la versión anglosajona- son modalidades negociales desprovistas de regulación normativa, esto es, atípicas, de productos conocidos como «derivados financieros», es decir, de aquellos en los cuales la determinación de su valor real depende a su vez de otros activos denominados «activos subyacentes». Su origen se encuentra en una convención mediante la cual dos partes, una entidad de crédito y un cliente (empresa o particular) consienten en un intercambiarse flujos de pagos dentro de un período de tiempo prefijado, mediante la aplicación de unos coeficientes dispares sobre el valor del activo subyacente en un momento determinado y con la finalidad de producir un favorecimiento mutuo.

El «swap» de tipos de interés («Interest Rate Swap»; «IRS») es un producto financiero mediante el cual dos partes acuerdan intercambiarse los flujos de pagos que resulten de aplicar a un capital determinado, comúnmente denominado «nocional», unos tipos de interés determinados, normalmente fijo para el cliente en tanto que es variable para la entidad financiera, por referencia a un sistema conocido.

La finalidad es la de mejorar la financiación de otras operaciones de modo que una oscilación al alza de los tipos de interés por encima del convenido en los préstamos de que sea titular el cliente se compense con lo que perciba de la otra parte en aplicación del swap; y viceversa, en el supuesto de descenso del tipo de referencia, se compense con los pagos a la entidad financiera, de forma que el coste de la financiación sea equilibrado. Así, como quiera que la operación se presenta de ordinario como una suerte de «garantía» para el cliente frente a las fluctuaciones de los tipos de interés variable que rigen los créditos que la propia entidad oferente le ha concedido con precedencia, que su crédito hipotecario pueda experimentar, por algunos se identifica de un modo un tanto acrítico con una especie de «seguro» que les protegía de una hipotética subida de tipos de interés”.

CUARTO. La nulidad del contrato basada en vicios del consentimiento: el error como causa invalidante.

Nuestra jurisprudencia es contundente a la hora de exigir una serie de circunstancias en el caso concreto para abocar en la consecuencia prevista por nuestro ordenamiento jurídico, artículo 1266 del Código Civil de 24 de julio de 1889, por error como vicio en el consentimiento:

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000 ha declarado que “...los requisitos que el art. 1266 y la Jurisprudencia (entre otras Sentencias 18 febrero 1994, 14 julio 1995, 28 septiembre 1996 y 6 febrero 1998) exigen al respecto: recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994, y 11 mayo 1998). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el

caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1996)".

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1996, según la cual "...en cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la Sentencia de esta Sala de 18 abril 1978 que «para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1266 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración -art. 1261.1.º y Sentencias de 16 diciembre 1923 y 27 octubre 1964- que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -Sentencia de 1 julio 1915 y 26 diciembre 1944- que no sea imputable a quien la padece-Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957- y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado -Sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963-». De otra parte, como recoge la Sentencia de 18 febrero 1994, según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de auto responsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil; es inexcusable el error (Sentencia de 4 enero 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no solo 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 por la declaración".

En Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 se ha reiterado que los requisitos *sine qua non* son, y deben ser los siguientes: "a) ser esencial porque 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; y b) que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular 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 ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2004 ha añadido lo siguiente: "dice la sentencia de 24 de enero de 2003 que de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las sentencias de 14 y 18 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999, señalándose en la penúltima de las citadas que «la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia»...".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1982 ha recordado que "...el error podido evitar con una normal diligencia no puede ser invocado por el que alegue haber incurrido en él-SS. de 14 junio 1943, 16 diciembre 1953 y 5 marzo 1962-".

Y, por último, la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, estudiando un supuesto de Swap, hizo las siguientes consideraciones acerca del error vicio:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento

jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio **es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración**. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error **ha de recaer**- además de sobre la persona, en determinados casos - **sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo**- sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error **ha de ser esencial**, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, **si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales**, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, **el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento**. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, **las circunstancias erróneamente representadas** pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, **han de haber sido tomadas en consideración**, en los términos dichos, **en el momento de la perfección o génesis de los contratos**- sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de

1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valorala conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

QUINTO. Sobre la prueba practicada en autos.

I.- Interrogatorio del demandado Sr.

Manifestó ser consultor de empresas desde el año 1992, siendo su especialidad el marketing y la captación de fondos europeos, sin que por ello tenga experiencia en el ámbito fiscal o financiero. Al serle exhibido el documento n° 2 de la demanda, reconoció haberlo firmado sin haberlo leído previamente, no siendo ciertas las respuestas que aparecen a las cuestiones tercera y séptima. Afirmó que Pedro z le ofertó el producto en un minuto escaso, que no recordaba si estaban subiendo los tipos de interés dado que su préstamo hipotecario lo tenía en esa época con un tipo fijo.

A preguntas de su letrado, añadió que tiene una titulación Master de Fundesem y se dedica a ayudar a las empresas a vender más, pero no ha trabajado con derivados financieros y lo único parecido fue la compra de acciones de Telefónica con el dinero percibido de un seguro de vida de su progenitor. Preciso que por esas fechas tenía problemas de liquidez y quería evitar una ejecución de la garantía hipotecaria, por lo que solicitó un préstamo para cancelar efectos negociados e impagados. Sobre las

circunstancias de la firma de los contratos, destacó que confió en el director de la oficina, de quien dijo se lo ofreció como si fuera un seguro y que iba a consultarlo con su esposa, que es economista, si bien le persuadió con que no hacía falta y no le mostró ninguna simulación.

Este Juzgador le interrogó sobre algunas cuestiones, contestando que es cliente de la entidad actora desde el año 2005, cuando suscribe el préstamo hipotecario. Al margen de este contrato, tiene cuenta corriente y, aproximadamente en 2008, un fondo de inversión garantizado con su mujer, aparte del seguro de vida y hogar contratados. Respecto del préstamo hipotecario, concretó que tenía tipo fijo durante los cinco primeros años, pasando en la actualidad a variable y que se firmó una segunda escritura de préstamo hipotecario sobre la misma vivienda.

II.- Interrogatorio de la actora, Banco de Santander, S.A.
(Pedro :)

En cuanto a la intervención de la entidad, compareció el director o apoderado de la oficina cuyo nombre y firma se constatan en la documental. Declaró ser quien ofreció el producto el demandado, por iniciativa de la entidad, y comenzando con una entrevista previa en la que se firma el test de conveniencia. Fue ofrecido como un instrumento de cobertura para cuando las liquidaciones superen o disminuyan el tipo de interés, estando relacionado con el préstamo hipotecario, al ser necesaria la existencia de endeudamiento. Sobre el tiempo durante el cual fue ofrecido el producto, dijo que fue entre diez o quince minutos y se hicieron simulaciones, que constan en el tríptico que lo comercializa. Preciso que sobre esas fechas ya estaba en vigor la normativa MiFid, por lo que se remitió todo al departamento de tesorería para que diera su visto bueno al alta del producto. Relató que el cliente ya tenía problemas de liquidez y que había otros productos de sus empresas, por lo que los impagados se cubrieron con la póliza de crédito.

Sobre la firma del contrato por un segundo apoderado, lo es de manera mancomunada, aunque el segundo firmante por parte de la entidad no estaba presente cuando se ofreció. La "x" que se ve en el mismo la puso él para que el cliente supiera dónde debía firmar. Considera que se trata de una inversión, que no relaciona con el préstamo hipotecario, y cuyo fin es cubrir al cliente ante las subidas de los tipos de interés, si bien a continuación dijo que se daba cobertura al endeudamiento coincidente con el nominal del contrato. Por otra parte, declaró que no le consta que el préstamo hipotecario fuera a tipo fijo, aunque ambos funcionaban de forma independiente. Calificó el producto como de especulativo y que,

a su entender, el cliente era una persona suficientemente cualificada para conocerlo. En cuanto al Euribor, admitió que una ha subido más allá del 6% y que se produjo una caída vertical hasta el punto de comenzar las liquidaciones negativas, cuando bajaran del 4'20% (positivas si superan el 5'99%.

Por lo que se refiere al coste de cancelación anticipada, declaró que se concreta según haya ganancias o pérdidas, evolución de los tipos de interés. Es un producto que cotiza en el mercado y que al cliente se le remite una carta por el departamento de recuperaciones en el caso de querer cancelarlo. Se remite al CMOF, donde dice que viene detallado, y que nada tiene que ver con las pólizas de descuento que se firmaron aquél día. Considera que el cliente tenía suficiente preparación, había una tendencia alcista de los tipos en esa época y no se ofrecían como si fueran seguros.

III.- Conclusiones y valoraciones sobre la prueba practicada, en relación con la concurrencia de error como vicio del consentimiento.

(1).-Ha de partirse, inicialmente, del documento nº 1 de la demanda, consistente en el denominado Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) que, a tenor del mismo, ha sido objeto de elaboración por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BANCA PRIVADA (AEB), elevado a público ante el Notario de Madrid Don Vicente Moreno Torres Camy el 5 de febrero de 1997 al nº 206 de su protocolo. Como ya se ha dicho, no se pretende la declaración de nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF), sino de otros actos jurídicos subsiguientes al mismo.

Ahora bien, como antesala del examen del fondo del asunto, es preciso señalar algunos aspectos de este Contrato Marco de Operaciones Financieras. Así, y a lo largo de diez folios numerados en su anverso se da redacción a una serie de estipulaciones hasta un total de veintitrés más dos anexos. Respecto de las estipulaciones se observa que se desarrollan hasta comienzos del sexto folio, con una letra de tamaño reducido, sin apenas dar espacio entre párrafos y estipulaciones, lo cual dificulta su lectura rápida y, por tanto, su plena comprensión por personas que no sean conocedoras del ámbito concreto del Contrato Marco de Operaciones Financieras. A modo de ejemplo, la estipulación primera en su apartado 1.2 destina gran parte del texto a las definiciones de los términos empleados: "agente de cálculo", "cantidad a pagar", "causas de vencimiento anticipado", "contratos financieros determinados", "día hábil", "endeudamiento determinado", "entidad especificada", "entidades de referencia", "fecha de vencimiento anticipado", "garante", "garantía", "importes impagados", "importe de liquidación",

"importe máximo", "moneda de liquidación", "operaciones", "operaciones afectadas", "partes afectadas", "tipo de interés aplicable", "tipo de interés de demora", "tipo de interés ordinario", "tipo de interés de resolución", "valor de mercado" y "valoración sustitutiva". Si bien, a continuación, viene a dar prevalencia interpretativa, en caso de discrepancia, a lo expuesto por el Anexo I y/o en cualquier Confirmación (con lo que tras el esfuerzo comprensivo de tantos conceptos, todos o alguno de ellos pueden quedar desvirtuados por otros documentos anexos que entren en contradicción con los primeros). Es más, entre dicho Anexo I y el Anexo II del Contrato Marco de Operaciones Financieras abarcan casi la mitad de la extensión del documento, resultando de idéntico volumen y densidad expositiva que el primero.

(2).-La reclamación de cantidad efectuada por la entidad Banco de Santander, S.A., trae causa, como se afirma en el hecho segundo de su demanda, en una confirmación de permuta financiera de tipo de interés collar de 26 de mayo de 2008 (documento 3).

Se distinguen dos conceptos, siendo el primero de ellos el pago de la liquidación de 30 de julio de 2009 a 30 de julio de 2010 y el segundo el importe exigido por haberse procedido, debido al impago de la primera, a declarar la cancelación por vencimiento anticipado de ambas confirmaciones. El total reclamado asciende a 38.496'55 euros, resultante de la adición de los importes que se consignan en los documentos nº 5 y 9 de la demanda.

(3).-En orden a la prueba documental, y al margen de la que se aportó con los respectivos escritos de demanda y reconvenición, con sus contestaciones, se instó por la parte demandada en el acto de la audiencia previa el requerimiento a la entidad actora de aportación del expediente que dio pie al contrato marco y contrato de permuta (documentos nº 1 y 3 de la demanda) así como el correspondiente test de idoneidad.

Pues bien, en respuesta a dicho requerimiento, la entidad Banco de Santander presentó escrito aportando un folleto informativo en cuyo primer folio se puede leer "octubre 2008", por lo que mal cabe entender que el mismo se corresponda con sendos contratos suscritos en el mes de mayo de 2008. Mientras que respecto del "test de idoneidad", dice en su escrito, es el aportado como documento nº 2 de su demanda. Dicho documento, sin embargo, es un "test de conveniencia".

En tal sentido, resulta necesario diferenciar entre ambos tipos de cuestionarios, del mismo modo que hizo la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014, en alusión a la diferente función de ambos. Por un lado, el test de conveniencia, dirigido

a la valoración de los conocimientos -estudios y profesión- y la experiencia -frecuencia y volumen de operaciones- del cliente, con el objeto de que la entidad pueda representarse una idea acerca de sus competencias en materia financiera y determine si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión y tomar decisiones con conocimiento de causa (artículo 73 del RD 217/2008). Y, por otro, el denominado test de idoneidad, que se debe extender cuando por la entidad se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada, incluyendo la cumplimentación del test de conveniencia mas un informe sobre su situación financiera -ingresos, gastos y patrimonio-, sus objetivos de inversión -duración prevista, perfil de riesgo y finalidad), para así recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan (artículo 72 del RD 217/2008).

La Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de marzo de 2012 (Roj:SAP TF 541/2012), precisó respecto de los servicios de asesoramiento financiero que:

"La normativa contenida en la L.M.V. pretende pues mejorar la posición del inversor, reforzando tres principios básicos que deben cumplir las entidades financieras cuando prestan servicios de inversión: actuar de forma honesta, imparcial y profesional, en el mejor interés de su cliente; proporcionarle información clara y no engañosa; y prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, intentando así evitar que el cliente contrate productos o servicios no ajustados a su perfil o que no satisfagan sus expectativas.

A tales efectos el art. 73 del R.D. 217/2008, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, desarrollando las normas contenidas en la L.M.V., dispone que "las entidades que prestan servicios de inversión distintos a los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado" y en el art. 74 que la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá unos datos mínimos relativos al producto financiero, a la experiencia previa del cliente en la contratación en el sector financiero, así como a sus conocimientos sobre el sector, en la medida que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes

Las entidades deben pues asegurarse en todo momento de que poseen toda la información necesaria para sus clientes, y en concreto, en relación con la compra y venta de productos financieros, es necesario realizar el "test de conveniencia" para valorarlos antedichos conocimientos y experiencia del cliente (tipo de productos con los que está familiarizado, naturaleza, frecuencia, volumen y periodo en que ha operado previamente y su nivel de estudios y profesión, actuales o anteriores)".

En consecuencia, si bien es cierto que no existe "test de idoneidad", el mismo no era necesario cumplimentar, pues de la contestación y demanda reconvencional presentada por el Sr. García Zamora no se desprende que el mismo hubiera solicitado de la entidad Banco de Santander la prestación de servicios de asesoramiento financiero. Se cumplimenta el "test de conveniencia", sobre el que seguidamente se realizarán las valoraciones oportunas en el caso que nos ocupa.

(4).- Acerca de la forma de obtención de las cuantías, tanto de las liquidaciones trimestrales como del coste de cancelación por vencimiento anticipado de las confirmaciones de la permuta financiera de tipo de interés y la de opciones de tipos de interés collar, ninguna prueba se ha llegado a practicar en el acto de la vista.

Dicho lo cual, la pretensión deducida por el Banco de Santander, S.A., en su escrito de demanda resultaría atendible, siempre y cuando no prospere la reconvención deducida por el demandado a pues ha solicitado la declaración de nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) y de la confirmación de la que nace la liquidación cuyo importe ha reclamado la actora.

(5).- Analizando los medios de prueba practicados, basados en la documentación aportada y las manifestaciones del cliente, Sr. (), y el director de la oficina de la entidad, Sr. (), hemos de exponer las conclusiones que este Juzgador ha logrado obtener:

1° Formalmente hablando, y siguiendo la normativa MiFid, los documentos que hubo de suscribirse son los que aportó la actora con su demanda -documentos nº 1 a 3-: Contrato Marco de Operaciones Financieras, Test de Conveniencia y Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar. No era necesario cumplimentar un Test de Idoneidad.

2° Dado que en el caso del Sr. García Zamora no estamos ante

la solicitud de servicios de asesoramiento con fines de inversión, resultan relevantes las circunstancias personales y negociales del cliente al tiempo de suscribirse estos contratos. Concretamente, y según se desprende del documento nº 5 de la contestación, el demandado había suscrito previamente con la actora una escritura de préstamo con garantía hipotecaria el día 6 de octubre de 2005, siendo el importe del principal acreditado la nada despreciable cifra de 447.000 euros. Y, como acertadamente ha puesto de manifiesto su defensa, se pactó por las partes un periodo de carencia de hasta cinco años (segunda cláusula financiera, apartado I) en el que el tipo de interés aplicable era fijo, concretado en el 3'55% (tercera cláusula financiera). Lo cual significa que hasta el mes de octubre de 2010 no se amortiza capital y solo se abonan intereses. Igualmente resulta relevante que en dicha escritura se dice que la finalidad del préstamo es la adquisición de la vivienda habitual, por lo que en este punto resulta relevante que el Sr. G. actuaba en su condición de consumidor y no como profesional o empresario individual o colectivo.

3° Aunque la parte demandada reprocha a la entidad actora la omisión de numerosas circunstancias en su escrito de demanda, entiende este Juzgador que la redacción sucinta de la misma no debe ser sinónimo de ocultación (mucho menos maliciosa) al Juzgado. La actora se limita a reclamar una cantidad con arreglo a unos contratos que aporta y cuya validez sostiene. Como cabe desprender de la respuesta del demandado en su contestación, dicha validez, vía declaración de nulidad, ha sido el principal motivo de su oposición, tanto contestando como reconviendo.

4° En tal sentido, justifica el demandado haber suscrito en el mes de mayo de 2008 otros dos contratos bancarios con la actora y que aporta como documentos nº 2 y 3 de su contestación. El primero es una "póliza de negociación de letras de cambio, documentos mercantiles y otras operaciones bancarias" y el segundo una "póliza de crédito", ambos suscritos el día 9 de mayo de 2008 por importes de 40.000 y 32.000 euros, contando éste último con un vencimiento el día 9 de mayo de 2009. Estos productos no vienen sino a corroborar la tesis propugnada por el demandado, según la cual por esa época atravesaba ciertos problemas de liquidez, si bien por la naturaleza y objeto de ambos contratos, parece que dicha situación se centra en su ámbito empresarial o profesional. Aunque también resulta razonable pensar que estas dificultades puedan llevar consigo alguna implicación del patrimonio personal del Sr. G. en las deudas de su empresa.

5° El contexto económico anterior es el que acaba derivando en la suscripción del test de conveniencia el día 22 de mayo de

2008 (documento n° 2 de la demanda) y a los pocos días, el 26, tanto el CMOF como la Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar. Sobre estos productos carecemos de folleto informativo, ya que como consta en autos el presentado data del mes de octubre de 2008 y no tenemos la información que por la entidad Banco de Santander se llegaba a proporcionar en este formato a sus clientes en el momento en que el Sr. C firmó los documentos n° 1 y 3 de la demanda. Solo lo que verbalmente se le pudo facilitar. En el acto de la vista declaró el director de la oficina, Sr. C

que el producto fue ofrecido por iniciativa propia de la entidad a muchos clientes. Sostuvo que en la entrevista previa -debe entenderse que se referiría a la del 22 de mayo- se le entregó una planilla o tríptico, pero como ya se ha dicho, este documento no aparece debidamente incorporado a las actuaciones, por lo que cuanta información pudiera tener el mismo no es posible de tomar en consideración y es quien dispone de dicha documentación la que debe asumir la carga de acreditarlo. Por otra parte, es absolutamente relevante lo que dijo en el acto del juicio sobre el tiempo que invirtió en ofrecer y exponer el producto al cliente, cifrándolo entre 10 y 15 minutos. Que, a la vista del tipo de contratos ante los que estamos, resulta breve, escaso y limitativo de la capacidad de reflexión y reacción del receptor de la información. Lógicamente, el contenido del producto no viene recogido en el test de convenciencia, por lo que ese espacio temporal entre el test y los contratos, cuatro días, no puede tenerse en cuenta, sino que el que ha de ser valorado es el que se invierte desde que el cliente tiene ante sí el condicionado del contrato (en este caso, contratos) y debe tomar la decisión de acceder a su firma. Es palmario que poco margen de maniobra se le concede por la entidad, ya que incluso se le incita a su inmediata suscripción cuando el propio director de la oficina reconoce haberle marcado sendas "x" en el espacio destinado a la firma del cliente, estrategia claramente dirigida a evitar dudas, vacilaciones o reconsideraciones del destinatario del documento.

6° Pero es que además, la suscripción de ambos contratos, en especial la Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar, era del todo punto innecesaria para los intereses del Sr. C

.. Como se puede observar en el documento n° 3 de la demanda, el notional sobre el que se parte en dicha permuta es de 447.000 euros, plenamente coincidente con el principal del préstamo hipotecario que en el año 2005 firmó junto con su esposa para la adquisición de la vivienda familiar. Principal que todavía no había sido amortizado en un solo céntimo, ya que como debemos recordar, contaba con un periodo de carencia que expiraba en octubre de 2010. Dado que el demandado estaba afrontando el abono de intereses conforme a un tipo fijo del 3'55%, el pretendido riesgo por la fluctuación de los tipos de interés sobre esta

operación es inexistente. La relación de este contrato con el préstamo hipotecario es evidente por el notional mencionado, por mucho que el director Sr. () le restara importancia a este dato al sostener que lo único relevante era la existencia de un endeudamiento por parte del cliente al que se le ofrecía el producto y que eran cosas independientes.

7° No resulta verosímil que el Sr. () afirme durante su interrogatorio que veía esta Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar como una inversión, pues si así fuera ya no estaríamos ante un mero instrumento de cobertura ante las posibles subidas de tipos de interés que experimentarían las operaciones de pasivo del cliente. Estaríamos ante la realización, por parte del Sr. () de unas operaciones con otros fines y que habrían exigido una actividad de asesoramiento y, por ende, la suscripción de un test de idoneidad que, claro está, no se hizo. Tampoco resulta creíble que dijera que no le constaba que en esos momentos el préstamo hipotecario estuviera a tipo fijo, pues la simple consulta de datos del cliente y la normal diligencia que debe observar en el análisis del perfil y operaciones del Sr. García Zamora de forma telemática le permite contar sin esfuerzo alguno de tal información.

8° Por lo que se refiere a la información empresarial obtenida por la entidad reconvenida en los documentos nº 1 a 3 de su contestación, entre las que se encuentra una entrevista concedida a un diario de máxima difusión en el ámbito provincial de Alicante el 24 de junio de 2012 (y que ha sido contrastada por el Juzgador mediante las herramientas técnicas que dispone en su despacho), de los mismos no llega a desprenderse que el Sr. () haga alarde de conocimientos en el mundo financiero. Solo queda demostrado, y así lo reconoció en el acto de la vista, que es un empresario que se dedica a la consultoría de empresas desde el año 1992 en materia de marketing y obtención de subvenciones públicas, cuenta con una titulación superior y, al margen de los productos contratados con la entidad Banco de Santander solo había comprado un paquete de acciones de una compañía de telecomunicaciones con el dinero obtenido de una póliza de seguro de vida a nombre de su padre. Estas circunstancias no alteran su condición de minorista y de lego o desconocedor del ámbito bancario y financiero, salvo en las operaciones más elementales (tener una cuenta, un préstamo, una tarjeta o un seguro).

9° En el orden contractual, debe igualmente añadirse que la insuficiente información dada respecto de los "escenarios" posibles queda reflejada en la ausencia de un ejemplo práctico, empleando cifras reales y aplicadas al negocio que se suscribe, arrojando los eventuales resultados económicos que podrían

depararse en caso de producirse una liquidación según el tipo sea superior al 5'99%, inferior al 4'20% o comprendido entre ambos tipos (aunque en este último caso el resultado es cero). Lo cierto es que el Euribor nunca ha superado el "tipo Cap", mientras que, de forma amplia y notoria, ha descendido del "tipo Floor" de forma constante hasta la actualidad, manteniéndose siempre en dígitos inferiores al referido tipo. Por lo que cuantas liquidaciones pudieran derivarse del Producto Collar hasta el vencimiento, julio de 2013, necesariamente serán desfavorables para el cliente, el Sr. [redacted].

10° Si a esto se le añade el gravamen que se impone por la cancelación anticipada de la **Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar**, que en el caso que nos ocupa ascendía a 25.684'35 euros, suma de ímproba disponibilidad en términos de liquidez para el Sr. [redacted], nos hallamos ante un manifiesto desequilibrio entre las partes que se inclina a favor del predisponente, BANCO DE SANTANDER S.A., en aplicación de un "precio de mercado" cuya naturaleza y criterios de cuantificación se ignoran, por lo que roza la más absoluta discrecionalidad. Por lo que, en este punto igualmente debería ser considerada abusiva esta cláusula, recordando seguidamente la doctrina que al respecto debe predicarse en este particular:

Los artículos 82 y 85.6 de la ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato y en concreto las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumpla sus obligaciones.

Estos preceptos fueron introducidos en la legislación española en transposición de la Directiva 93/13/CE, la cual ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por múltiples resoluciones del TJUE.

La jurisprudencia de los más altos Tribunales (el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) viene permitiendo desde la STJUE de 27 de junio de 2000 la apreciación de la nulidad de cláusulas abusivas de oficio cuando de aplicación de normas protectoras de los consumidores se trata, sin necesidad de que haya sido siquiera alegada por la parte en la instancia, que incluso puede encontrarse en situación de rebeldía procesal.

La doctrina anterior ha sido amplia y detalladamente recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010 (ROJ: STS 6031/2010) de la que fue ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón, que examina en su Fundamento de Derecho Cuarto en profundidad las posibilidades de control de cláusulas abusivas afirmando con claridad que es imperativo el control de oficio de las cláusulas abusivas no esenciales citando la STJC de 4 de junio de 2009 dictada en cuestión prejudicial que no solo permite, sino que impone el examen de oficio de la abusividad. Así pues, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva 93/13/CE.

La STJUE de 14 de junio de 2012 sienta el principio de que el Juez Nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CE y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (en este sentido Sentencias Mostaza Claro, Pannon GSM c 243/2008; Asturcom Telecomunicaciones). De este modo el papel que el derecho de la Unión Europea atribuye al Juez nacional en materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que establece la obligación de examinar de oficio la cuestión tan pronto como tenga los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello (Apartado 32 de la Sentencia Pannon GSM). Además esta misma resolución proscribe la posibilidad de integrar o moderar judicialmente las cláusulas declaradas abusivas. El TJUE establece en esta Sentencia que la Directiva 93/13/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un estado miembro, como el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, que atribuye al juez nacional que declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de junio de 2012, dictada en el asunto C-618/1, cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0618:ES:HTML#Footnote*), vino a dar respuesta a la misma en estos términos:

"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

- 1) *La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.*

- 2) *El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".*

La STJUE de 21 de febrero de 2013, dictada en el asunto C-472/11 Banif Plus Bank (HU) complementa al anterior resolución, señalando que el Juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda extraer todas las consecuencias de esa comprobación sin esperara a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula, si bien esta exigencia de control de oficio ha de compaginarse con el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y debe ser respetado por el Juez. De ese modo antes del pronunciamiento de la posible nulidad de una cláusula por abusiva, se establece la obligación del Juez de informar de ello a las partes procesales y a instarles para que debatan en forma contradictoria.

La reciente Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, recaída en el asunto C-488/11, ha declarado, en el punto 3 de su fallo, que "el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor,

limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que **le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor**"

La declaración de abusividad, como se ha dicho, implica que la cláusula sea excluida y devenga inaplicable, sin posibilidad de moderación por parte del Juzgador.

Es más, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RJ\2013\3088) ha recordado que "273. La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

Y la propia Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, al tratar la abusividad de la estipulación de intereses de demora, sostuvo en resoluciones como sus Autos 165/2013, de 29 de julio -"El apartado 2 del art. 10 bis LGDCU establece la nulidad de este tipo de cláusulas. Aunque también prevé la posibilidad de moderación ésta no se contempla con carácter imperativo ("dispondrá de facultades moderadoras", dice el tenor literal). La redacción de este precepto fue introducida por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que fue promulgada con el designio de transponer al ordenamiento español la Directiva 93/13/CEE. Siendo así, el precepto en cuestión debe ser interpretado conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia anteriormente transcrita. En concreto, la sentencia Banesto señala que es contrario al art. 6.1 de la Directiva modificar el contenido de una cláusula abusiva. Es por ello que **no procede minorar el interés de demora, sino eliminarlo del contrato, pues es ésta la forma más apta para conseguir el fin disuasorio perseguido por las instituciones comunitarias**"- y 178/2013, de 23 de septiembre.

SEXTO. Sobre las consecuencias procedimentales.

I.- Debe ser desestimada la demanda interpuesta por la entidad BANCO DE SANTANDER, S.A., absolviendola J... EN CARCELIA... de todos los pedimentos en su contra.

II.- Debe ser estimada la demanda reconvenicional interpuesta por [redacted] recurrente a la entidad BANCO DE SANTANDER, S.A., declarando la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) y de la Confirmación de Opciones de tipo de Interés Collar suscritos por ambas partes el 26 de mayo de 2008.

SÉPTIMO. Sobre las costas del proceso.

Con arreglo al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la imposición de costas de la demanda y reconvenición a la parte actora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de legal y pertinente aplicación,

FALLO

DESESTIMO la demanda interpuesta por la entidad BANCO DE SANTANDER, S.A., frente a [redacted] y, en consecuencia, **ABSUELVO** a [redacted] todos los pedimentos efectuados en su contra.

Se imponen las costas a la actora.

ESTIMO la demanda reconvenicional interpuesta por [redacted] recurrente a la entidad BANCO DE SANTANDER, S.A., y, en consecuencia, **DECLARO** la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) y de la Confirmación de Opciones de tipo de Interés Collar suscritos por ambas partes el 26 de mayo de 2008, quedando los mismos sin efecto alguno.

Se imponen las costas a la reconvenida.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para la Iltma. Audiencia Provincial de Alicante en el plazo de veinte días a partir de su notificación, de conformidad con lo previsto por los artículos 455 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En caso de proceder a la interposición del recurso de APELACIÓN, deberá el recurrente depositar la cantidad de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado abierta en BANESTO con el nº 0169 0000 02 1065 12. Para el caso de realizar el ingreso mediante transferencia el nº de cuenta es el siguiente: 0030 3035 70 0000000000 debiendo consignar en el casillero de

observaciones el n° de procedimiento. Lo que deberá ser acreditado ante este Tribunal en el plazo de DOS DIAS.

Llévese el original al Libro de sentencias, dejando en los autos testimonio de la presente resolución.

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

PUBLICACION. -La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Sr. Juez que la dicto estando celebrando audiencia publica en el día de la fecha. Doy fe.