

JORDI NAVARRO BUJIA

ADVOCAT N.E.

PROCURADOR DELS TRIBUNALS

ST. FELIU - ESPLUGUES - MARTORELL

C/ Esglesia, 4 2º 2º

Tel. 93.666.70.62 - Fax. 93.665.26.49

08900 ST. FELIU DE LLOBREGAT (BARCELONA)
despacho@procuradornavarro.com

Ciente: L....., S.L.

Mi ref.: A11683

Contra: BANCO SANTANDER CENTRAL
HISPANO, S.A

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 5 DE SANT
FELIU DE LL. 701/10-M

Notificada: 28/06/11

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN CINCO DE SAN FELIU DE
LLOBREGAT**

Procedimiento: Juicio Ordinario nº 701/10

SENTENCIA Nº 124/11

En San Feliu de Llobregat a 16 de junio de 2011

Vistos por la Ilma. Sra. Dña. Mª Eioina González Orviz Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº Cuatro de esta Ciudad y su Partido, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 710/10, entre partes: de una y como demandante S.L. representada en autos por el Procurador D. JORDI NAVARRO y de otra y como demandados BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO representada por el Procurador de los Tribunales Sr. ROBERT MARTI CAMPO sobre reclamación de declaración de nulidad contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Procedente de turno de reparto tuvo entrada en este Juzgado demanda de Juicio Ordinario presentada por el Procurador Sr. JORDI NAVARRO en la representación acreditada, a la que acompañó los documentos que estimó oportunos, en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y en cuyo suplico solicitaba fuese dictada sentencia en la que se declare la nulidad radical de los siguientes contratos: contrato marco de operaciones financieras CMOF de 15 de diciembre de 2006, confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 22 de mayo de 2007 y confirmación de permuta financiera de tipos de interés con fecha 28 de septiembre de 2007, se condene a la demandada, previa restitución de prestaciones a abonar a la actora la diferencia entre los importes abonados por las partes durante la vida del contrato con los intereses legales y que se impongan a la demandada las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado de la misma a la parte demandada emplazándola, en legal forma, para que en el improrrogable plazo de veinte días compareciese y, en su caso, la contestase, lo que efectuó mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2010 en el que se opuso y alegó cuanto a su derecho convino, interesando la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora. Celebrada el 17 de marzo de 2011 Audiencia previa, en la misma ambas partes que asistieron debidamente representadas propusieron los

medios que se recogen en el acta de la vista que resultaron admitido. Celebrada la vista el día 26 de mayo de 2011 y practicadas las pruebas personales admitidas, tras las conclusiones de ambas partes se declararon los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la sustanciación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Pretensiones de la parte demandante

PRIMERO.- La parte actora interesa la nulidad de los siguientes contratos: contrato marco de operaciones financieras CMOF de 15 de diciembre de 2006, confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 22 de mayo de 2007 y confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 28 de septiembre de 2007, y que se condene a la demandada, previa restitución de prestaciones a abonar a la actora la diferencia entre los importes abonados por las partes durante la vida del contrato con los intereses legales y que se impongan a la demandada las costas.

Aduce que las personas que suscribieron los contratos por parte de S.L., Gemma y Eudald no tienen conocimientos sobre este tipo de productos de swap que son productos derivados, pese a ser las personas que históricamente han mantenido contacto con el Banco Santander, pues la señora tiene estudios de magisterio y el Sr. de medicina independientemente de que sean los gestores de la compañía y tampoco existe nadie en la compañía con conocimiento sobre productos derivados, siendo que estos contratos fueron suscritos por la relación de confianza que había con los empleados del banco de Santander y que dicho banco no proporcionó ninguna información respecto al funcionamiento de los contratos ni de sus riesgos, pues la única información recibida fue la del director de la oficina Sr. Díaz Conde relativo a que eran productos sin comisión. Aduce error en el consentimiento señalando que dicho error recae sobre la sustancia del objeto del contrato, pues su convicción era que estaba firmando un seguro que le cubría de posibles subidas de tipos de interés y que el mismo no tenía coste asociado.

Asimismo aduce que hubo error en su patrocinado y que el clausulado de los contratos pone de manifiesto que el desequilibrio es claro y deja a la entidad bancaria en clara situación ventajosa pues conoce las fluctuaciones esperadas o aproximadas en cada momento de los tipos de interés y del euribor. En los contratos no se expresa el coste de cancelación ni se explican los cálculos del mismo, no ha habido información de ningún tipo.

Los argumentos por los que se solicita esta nulidad son la falta de información precisa sobre las condiciones y riesgos de este tipo de contratos. Esta falta de información determinó que en el momento de contratar el consentimiento de la entidad demandante estuviera viciado, produciéndose un error obstativo que determina la nulidad del contrato.

Pretensiones de la parte demandada.

SEGUNDO.- La parte demandada alega entre otras cuestiones que los contratos suscritos no se ofrecieron como un seguro, ni los importes nominales fijados en los mismos resultan injustificados ni es cierto que no se facilitara a la actora la debida información sobre el funcionamiento y los riesgos

Aduce que estos swaps son de tipos de interés y que son productos que llevan años funcionando en el mercado y se ofrecieron como tal y no como un seguro.

Alega que la actora no efectúa ninguna reclamación sobre el producto hasta que las liquidaciones empiezan a ser negativas por bajada del euribor lo que se produce a fines de 2008.

Niega asimismo que no haya habido información de ningún tipo, señalando que hubo información precontractual y contractual con reuniones en el domicilio de la actora y con facilitación de los contratos que ésta fácilmente pudo leer.

Los contratos estuvieron bien explicados, la parte pudo leerlos detenidamente y los firmó señalando que cada uno de los contratos fue negociado individualmente.

Por todo ello entiende que no hubo error alguno en el consentimiento, pues este debe ser esencial, excusable y no imputable a quien lo padece lo que no sucede en este caso.

En Cuanto a la Determinación de los hechos no controvertidos y hechos probados

TERCERO.- Los hechos no controvertidos y los hechos probados resultan acreditados con los documentos aportados por las partes actora y demandada referidos a los contratos y comunicaciones existentes entre las partes. No se discute la realidad de los contratos que aparecen firmados por ambas partes.

Por la documental queda acreditado que se suscriben el contrato marco de operaciones financieras CMOF en fecha 15 de diciembre de 2006, el de confirmación de permuta financiera de tipos de interés en fecha 22 de mayo de 2007 y el de confirmación de permuta financiera de tipos de interés con fecha 28 de septiembre de 2007, (documentos 2 a 6 de la demanda) El importe nominal de la operación de 15 de diciembre de 2006 es de 1.000.000 euros, el Banco Santander paga trimestralmente el último día del periodo de cálculo la cantidad correspondiente a la aplicación de un tipo variable establecido en el Euribor a tres meses, si es inferior o igual a una barrera, la actora paga la cantidad que corresponda a la aplicación de un tipo fijo, si es superior en cada periodo a la barrera aplicable se aplica al nominal el tipo variable menos un diferencial. En el contrato de 22 de mayo

de 2007 el nominal se fija en 1.500.000 euros y en el de 28 de septiembre de 2007 el importe nominal se fija en un millón de euros. La operación de permuta financiera de diciembre de 2006 sería posteriormente cancelada existiendo un cargo de 31.024,49 euros.

En cuanto a la naturaleza del contrato.

CUARTO.-Nos hallamos ante el conocido en la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap).

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1255 CC y 50 CComercio, 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 (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, solo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto 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.

En el caso presente, en los contratos suscritos en el año 2.007 el cliente se obliga al pago (sobre el nominal) de un tipo de interés fijo que podrá ser igual o diferente para cada período de cálculo del contrato y si el tipo variable establecido para un período de cálculo supera la barrera indicada en las condiciones particulares en dicho período de cálculo el titular percibirá de la entidad bancaria las cantidades que resulten de multiplicar para el período de cálculo correspondiente y sobre la base de cálculo pactada el importe nominal sobre el diferencial previsto en las condiciones particulares, que pasa a ser uno fijo.

En cuanto a la información y documentación

QUINTO.-Entrando ya en el análisis de la demanda, como argumentos se trae a colación las relaciones previas entre la actora y la demandada plasmadas en la relación comercial sostenida en el tiempo entre el Banco demandado y los actores. Se alega por la actora que su conocimiento se extendió a suscribir un seguro para el caso de incremento de los tipos de interés. La parte demandada en prueba de

interrogatorio a través de su legal representante el Sr. Carlos [redacted] reconoce que fue la persona que gestiona los contratos y que fue el banco quien tuvo la iniciativa de la oferta, reconoce asimismo que los tipos fijos y las barreras desactivantes fueron fijadas por el Banco de Santander y que las establecieron en función de la evolución de los tipos y del plazo. Manifiesta que informo a Santack de lo que sucedería con la bajada de tipos de interés pero reconoce expresamente que no les explicó que las liquidaciones negativas serían desproporcionadamente desfavorables y en cambio que las positivas serían menos favorables para el cliente. Reconoce que les dijo que los tipos de interés tenían tendencia al alza durante los próximos 5 años y manifiesta que la empresa puede calcular con el apartado 14.2 del CMOF el coste de la cancelación.

Reconoce haber enviado el correo exhibido como documento 4 de la demanda informando a Gemma [redacted] de que este contrato no tiene comisiones pues el coste de cancelación no es una comisión es el coste de un precio por un servicio.

Reconoce asimismo, a la vista de la exhibición del documento 8 de la demanda, que en julio de 2008 recomendó a la empresa actora que no cancelase los swaps pese a que después de esa fecha el coste de cancelación se incrementó notablemente.

No puede contestar si el BSCH era un mero intermediario.

El testigo Eudal Mas declara que el Sr. [redacted] les explicó que el euribor iría en alza y que era un producto magnífico, manifiesta que leyeron el contrato pero no lo entendieron, si bien [redacted] les decía que era un producto perfecto para proteger la previsible subida de tipos sin comisiones. Declara que cuando él planteó a [redacted] si las liquidaciones podían ser negativas el señor [redacted] dijo que no.

Declara asimismo que no sabe porque el banco fijó los nominales en un millón y un millón quinientos mil euros, que lo fijó el banco y que el producto era innegociable, se aceptaba o no.

Manifiesta que los 3 contratos que firmaron lo hicieron por confianza con el banco. Indica que le pareció un producto normal porque muchos bancos los ofrecían en esa época.

El verdadero objeto del debate no es otro, que determinar si concurre o no causa de nulidad del contrato por error propio en el actor al prestar su consentimiento.

Y así tenemos que, primero, carecen los tribunales civiles de competencia para declarar la conformidad o no de la conducta de la entidad bancaria con las buenas prácticas y usos bancarios tanto porque la vigente Ley Rituaria proscribía las sentencias meramente declarativas (art. 219.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil) como porque, en su caso, la supervisión e inspección de tal clase corresponde bien al Banco de España (art. 43 bis Ley 26/1.988 de 29 de julio D.L.E.C) bien a la Comisión del Mercado de Valores (art. 13 L.M.V. de 24 de julio de 1.988) otra cosa es si efectivamente la infracción de la normativa relativa al proceder de las entidades bancarias y financieras pudiera justificar el reproche a un actuar no conforme con aquellas e integrar el supuesto de hecho de las normas relativas al error invalidante esgrimido por el actor en su demanda.

En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

Examinada la normativa del mercado de valores se constata que dispensa gran protección al cliente dada la complejidad de ese mercado y se aprecia en la norma un propósito decidido de que se desarrolle con transparencia por ello se constata

una gran minuciosidad en el desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "*haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva*" (art.5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "*tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa*" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

A la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 CC) cuando es dicho contratante quien, como aquí toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "*conocimiento de causa*", como dice el precitado 79 bis de la LMV.

El Banco demuestra un interés propio y no actúa como mero intermediario en una operación espejo, por ello Díaz Conde cuando declara en prueba de interrogatorio manifiesta que no puede contestar a la pregunta de si el banco era un mero intermediario. El banco, en este caso, contrató por iniciativa propia, como declara su legal representante, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios

cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

De la inexistencia del error ante los actos propios de la actora

SEXTO.- Como lo pretendido es la declaración de nulidad por error en el consentimiento por falta de la necesaria información, y que la demandada afirma en la contestación a la demanda que la actora, puso de relieve el error ante el desarrollo negativo para sus intereses del contrato litigioso con las liquidaciones negativas y no lo acuso mientras fueron positivas y que el manifestado error sólo lo hace aflorar la parte ante ese resultado así como que, ya se ha dicho, tiene el contrato suscrito un considerable matiz aleatorio y hasta, pudiera decirse, especulativo, antes de llegar a la resolución final del caso, trataremos de la causa del contrato y el error alegado. En este sentido, la consideración objetiva de la causa de los contratos ha llevado a rechazar su identificación con los motivos o previsiones de cada parte al contratar (STS 27-5-1982, 29-11-89, 4-12-97 y 1-4-98) como también con el buen fin de la operación o lucro inicialmente proyectado y menos aún cuando la operación pueda calificarse de especulativa (STS 5-12-2006) ni por tanto, tampoco, en fin, pudiera alegarse error por frustración de las previsión o combinaciones negociales respecto de hechos ocurridos durante la fase de consumación del contrato (STS 17-10-1989)

Ahora bien, también ha matizado la doctrina jurisprudencial que los motivos integran la causa del contrato cuando son causalizados, es decir, cuando son asumidos por ambas partes (STS 21-3-2003); que "*para entender el verdadero alcance o significado de la causa como razón de ser del contrato- y con una incesante polémica doctrinal respecto a su exacta configuración-, que no puede omitirse el peso que en toda esa configuración debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y que si ésta puede explicitarse, en el conjunto de las circunstancias que emergen de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta la misma para integrar aquel concepto, pues de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado; bien es cierto que con ello se margina la dualidad entre la causa como elemento objetivo trascendente con los móviles o motivos internos de cada interesado- es conocida esa diferencia de los motivos en que se determina por los móviles con trascendencia jurídica, que incorporados a la declaración de voluntad en forma de condición o modo forman parte de aquélla a manera de motivo esencial impulsivo o determinante"-; mas, se repite, según la información que late en ese principio jurisprudencial la conjunción entre ambos es posible sobre todo si al ser lícitos los móviles particulares que implícitamente explican el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado, coadyuvan el hallazgo de aquel designio de razonabilidad" (STS 29-11-1989).*

En el presente caso, por las declaraciones del Sr. [redacted] legal representante de Banco Santander, así como la declaraciones de Carme [redacted] (testigo de la demandada) gerente de negocio de tesorería del Banco Santander se revela que la entidad bancaria no era ajena al propósito y finalidad que guiaba al actor al concertar el contrato litigioso, proteger los intereses derivados de la deuda que tenía concertada con el Banco Santander frente a una subida de tipos, que además no se asoció a ninguna otra operación inminente de solicitud de préstamo hipotecario o póliza de crédito, antes al contrario, de sus manifestaciones lo que se desprende es que la entidad bancaria, ofrece un producto al actor para conjurar unos efectos negativos de las subidas de tipos de interés excesivamente adversos (se entiende

para el cliente), sin por ello abandonar el Banco su propio interés. Y a tal fin es el banco quien fija el nominal y establece una barrera porcentual y un tipo de referencia para su aplicación de forma que, en fin, el elemento aleatorio que pueda apreciarse en este tipo de contratos no debe, oponerse como óbice a la apreciación del posible error. La Sra. Carme reconoce que el banco no hizo una operación espejo de otra operación, aunque lo justifica señalando que la operativa del Banco es hacer operaciones espejo de varias operaciones porque el Banco tiene prohibido correr riesgos, reconociendo que eso tampoco se le explicó al cliente.

En cuanto a la existencia del error

SEPTIMO.- Es cierto que el cliente del Banco es una sociedad pero no se ha acreditado por la entidad bancaria, grandes conocimientos sobre finanzas de los Sres Mas; resulta acreditado que a dicha sociedad, sin mayor necesidad, se le ofreció con la contratación de las permutas de intereses protegerse frente a las fluctuaciones del mercado; que fue el Banco quien le ofreció el producto, que fue el banco quien elaboró el producto y lo presentó a la firma del cliente, quien se limitó a firmarlo, lo que lleva a volver la vista hacia los descritos deberes de diligencia y transparencia que la normativa del mercado de valores exige de quien actúa en él y que colocaba al Banco en cierta posición de preeminencia frente al cliente, carente de la estructura que posee la entidad bancaria para valorar la oportunidad del cambio. La posición del banco en la contratación es en este caso, absolutamente preeminente en cuanto a la información previa de que dispone, no solo sobre los productos, sino en cuanto a las posibles fluctuaciones del mercado y bajadas de tipos de interés.

De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor). Esto lo explica con mucha claridad el perito David García que se ratifica en el dictamen obrante en autos y manifiesta que en febrero o marzo de 2007 había estudios financieros que hablaban de la tendencia a la baja de los tipos de interés, considerando los contratos suscritos especulativos y no de cobertura. Analizado este swap en concreto el perito afirma que las circunstancias de este contrato son más favorables para el banco a 5 años y que no hay proporcionalidad entre las liquidaciones del Banco y las del cliente, tanto si los tipos están bajos como si están altos.

El perito señala que es muy importante conocer el coste de cancelación del SWAP, que el CMOF no especifica la metodología para hacerlo y que además es imposible sin tener acceso a la página blomberg y otras especializadas que nadie pueda calcularlo. Esta afirmación la corrobora el perito de la demandada Pablo Martínez Pina que declara que la cancelación anticipada la saben calcular los bancos y los economistas, ergo, en este caso los firmantes de los contratos no podían calcularla. Insiste el perito de la actora que en 2007 la tendencia era a la baja y que si alguien tiene conocimiento del estado del euribor son los bancos. El perito de la demandada manifiesta que la tendencia del euribor en 2007 cree que era que se mantuvieran los tipos, indicando que no esperaban una crisis mundial, reconociendo que en julio de 2008 había señales no percibidas por los gobiernos pero no había previsiones de bajadas.

El perito de la actora cree que los bancos debían tener información que el cliente no tenía respecto de la evolución de la economía.

Estas previsiones, esos conocimientos previos del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.

De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a unas escasas advertencias que se contienen al final en las cláusulas adicionales de la confirmación de las permutas, siendo que la información relevante en cuanto al riesgo de la operación sería la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestos, satisface o no su interés.

Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee.

Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b).

Es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en el segundo semestre del año 2009 el Euribor sufrió una fluctuación que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el actor, pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no puede deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí, hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente.

Se dan así y, por tanto a juicio de esta Juzgadora, las condiciones del error propio invalidante del contrato a saber, como expone la STS de 26-6-2000: "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 concurren 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).".

En suma que se estima la demanda, en cuanto a la declaración de nulidad del negocio litigioso con la consecuente obligación restitutoria (art.1303 CC) que, de acuerdo con la mecánica propia del contrato podría resolverse, simplemente

mediante liquidación, estableciendo un saldo final a favor de uno u otro contratante.
OCTAVO.- En cuanto a las costas no procede su imposición, porque, no se abstrae esta Juzgadora de las dudas de derecho que puede suscitar el alcance del deber precontractual de información por la entidad bancaria sobre el riesgo y la influencia que en el consentimiento prestado por el cliente pueda tener el componente aleatorio en este tipo de contratos y así es que por alguno de nuestros Tribunales se ha rechazado el error en el consentimiento prestado en este tipo de contratos (SAP Madrid-13º 9-3-2009 y Sección 9ª 10-7-2009).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente como estimo la demanda formulada por S.L. representado por el Procurador de los Tribunales D. JORDI NAVARRO contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO representada por el Procurador e los Tribunales Sr. ROBERT MARTI debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras CMOF de 15 de diciembre de 2006, confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 22 de mayo de 2007 y confirmación de permuta financiera de tipos de interés con fecha 28 de septiembre de 2007, con sus consecuentes efectos restitutorios.
Sin que proceda expreso pronunciamiento respecto de las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en el término del quinto día y se resolverá ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona.

Así por ésta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, la Secretario, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. Doy fe en San Feliu de Llobregat a 16 de junio de 2011

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fué la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, en el día de su fecha, estando constituida en audiencia

pública; doy fé.

NOTIFICADA
28 JUN. 2011
JORDI NAVARRO BUIJA
PROCURADOR DELS TRIBUNALS