

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 7

BILBAO

ORD 873/10

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

15 SEP 2011

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

SENTENCIA N° 150/11

En Bilbao, a nueve de setiembre de dos mil once.

Vistos por mí, María Eugenia Viguri Arribas, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 7 de Bilbao, los presentes autos de juicio ordinario n° 873/10 seguidos, entre partes, de una como demandante ~~██████████~~ S.L., asistida del Letrado D. José Luis Sádaba Suárez y representada por el Procurador D. Pedro María Santín Díez, y de otra como demandada Banco Santander S.A., asistida del Letrado D. Ignacio Guerra Gimeno y representada por el Procurador D. Rafael Eguidazu Buerba, sobre nulidad de contrato denominado permuta financiera de tipo de interés, y atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de junio de 2010 tuvo entrada en el Decanato, demanda de juicio ordinario promovida por la parte antes reseñada, suplicando se dicte sentencia por la que se declare:

1° la nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera de intereses de fecha de inicio 22 de enero de 2008, suscrito entre las partes con las consecuencias resolutorias inherentes a tal pronunciamiento previstas en el artículo 1.303 del C.C.

Y en consecuencia:

1° -Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituirse las prestaciones.

Todo ello con imposición de costas a la contraria.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto, se acordó emplazar a la parte demandada para que la contestara, lo que no efectuó el Banco Santander S.A., por lo que por diligencia de ordenación se la declaró en situación de rebeldía procesal. El 13 de octubre de 2010 se personó la demandada.

TERCERO.- En la audiencia previa, no habiendo conformidad de las partes sobre los hechos, se recibió el pleito a prueba. Por la actora se propuso documental y testifical; por la demandada, documental, interrogatorio de la demandante y testifical. Para la celebración del juicio se señaló el día 19 de julio de 2011, a las 11 horas.

CUARTO.- En el acto del juicio se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que obra en autos. En el trámite de conclusiones la demandante ratificó su demanda al considerar probados los hechos que son fundamento de sus pretensiones; la demandada, por el contrario, solicitó la desestimación de la demanda, tras lo cual quedaron los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- [REDACTED] S.L., de una parte, y Banco Santander Central Hispano S.A., de otra, firmaron, fechado el 19 de enero de 2006, Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF), con veintiuna estipulaciones y sendos anexos, epigrafiado el segundo de ellos como "Definiciones para la interpretación de las confirmaciones de operaciones documentadas al amparo del contrato marco de operaciones financieras".

SEGUNDO.- En la misma fecha las mencionadas partes suscribieron Confirmación de permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock.In in arrears").

TERCERO.- [REDACTED] S.L. y Banco Santander Central Hispano S.A. firmaron, fechado el 21 de febrero de 2007, Acuerdo de Cancelación Anticipada de Operaciones de Permuta Financiera de Tipos de Interés, y el 26 del mismo mes Confirmación de permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Reversible Media").

CUARTO.- [REDACTED] S.L. y Banco Santander Central Hispano S.A. firmaron operación de fecha 21 de enero de 2008, denominada Confirmación de permuta financiera de tipo de interés ("Swap Flotante Bonificado").

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formula la **demandante** acción de nulidad del contrato denominado permuta financiera de tipo de interés, de fecha de inicio de 22 de enero de 2008.

Expone que es una pequeña empresa (micro empresa conforme a los criterios expresados en la recomendación de la Comisión 96/280/CE de 3 de abril de 1996). Precisa que carece de personal directivo intermedio o especializado en cuestiones financieras, siendo su administrador único (D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]) quien sin ninguna calificación técnica viene desempeñando su cargo orgánico con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal.

Afirma que desde hace años mantiene relaciones bancarias con la demandada y que a comienzos de 2006, fruto de una agresiva y poco clara iniciativa comercial, fue inducida a la suscripción de un producto, completamente desconocido por aquel entonces, descrito por sus promotores como una suerte de seguro frente a los riesgos de una subida de los tipos de interés pactados en las operaciones ordinarias de financiación abiertas o en vigor con la demandada.

Describe cómo se han analizado con posterioridad tales productos en los medios de comunicación.

Destaca que es una micro empresa que jamás ha ostentado ningún pasivo significativo merecedor de cobertura, como lo prueba -a su entender- el hecho de que la póliza de crédito abierta en el 2008 fue completamente cancelada en el ejercicio 2009, sin que exista ninguna otra posición financiera que justifique o merezca cobertura de tipos.

Indica que desprovista de cualquier folleto informativo previo, confiando en las explicaciones ofrecidas por D. Alberto Martín Roloso, en su condición de director de la sucursal de la demandada sita en la calle Ercilla, de Bilbao, y en todo caso, carente de cualquier documento explicativo al margen del que califica de "alambicado e intrincado contrato marco", suscribió en la misma fecha que el anterior (19.01.2006) un documento privado nominado como Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés, que considera ininteligible para el usuario común.

Sostiene que sin ninguna explicación ni aparente necesidad y sin la entrega de ningún folleto explicativo, con fecha 21.02.2007 la demandada le convence a fin de que firme la cancelación anticipada de aquella primera permuta y suscriba el mismo día una nueva en otras condiciones; situación que se reproduce en idénticas circunstancias en enero de 2008. Afirma que a partir de ese instante se devengan nuevas liquidaciones que invariablemente favorecen a la demandada, lo que le da pie a pensar que el propósito era alcanzar una posición favorable para esa parte.

Considera que por la lectura del documento que recoge el contrato cuya nulidad insta, queda claro el engaño que denuncia, en la medida en que pese a haber comercializado el producto como si de un seguro de cobertura frente a la subida de los tipos de interés se tratara, a la postre, el usuario se convertía en rehén de la entidad, porque ni aun cancelando

anticipadamente sus riesgos con la entidad podía desvincularse del compromiso.

Alude a los infructuosos intentos de solución extrajudicial.

Esgrime en cuanto al fondo del asunto el error en el consentimiento, con cita de los artículos 1.265, 1.266 y 1.303 del Código Civil, y la vulneración de la normativa especial: art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, la Ley 47/2007, por la que se modifica la antes mencionada (arts. 78 bis, 79, 79 bis), Resoluciones del Banco de España, y legislación concordante.

Nada opuso la demandada **Banco Santander Central Hispano S.A.**, en el trámite de contestación a la demanda, habida cuenta que fue declarada en rebeldía procesal.

SEGUNDO.- Relación contractual. Permuta financiera de tipo de interés.

Las obligaciones, según dispone el art. 1.089 del Código Civil, nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos (art. 1.091 CC).

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1.254 CC), pudiendo los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255 CC), sin que la validez y el cumplimiento de los contratos puedan dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 CC).

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1.258 CC).

Para definir el contrato que es objeto del procedimiento y conocer su naturaleza jurídica, resulta de interés traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010, que en su Fundamento Jurídico 3º indica que "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre

un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, 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 de lart. 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 cuanto a su relación con el seguro, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010, dice que "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 18.01.2011, teniendo en cuenta las sentencias antes mencionadas y además, entre otras, las de AP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010, AP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y AP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, (que subrayan los tintes especulativos que lo caracteriza), concluye que "esta clase de contrato no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad. Desde esta naturaleza jurídica habrá que resolver la cuestión principal". Así ha de efectuarse también en el presente supuesto.

TERCERO.- Nulidad del contrato por error en el consentimiento.

Se ha de recordar que hay contrato cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la

obligación que se establezca (art. 1.261 CC). Y que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1.265 CC).

Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (art. 1.266 CC). Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley (art. 1.300 CC). Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes (art. 1.303 CC).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27.01.10, centrado el debate en la pretendida declaración de nulidad por error fundada, en sustancia, en la infracción por la entidad bancaria del deber de lealtad y fidelidad al cliente y de proporcionarle adecuada y suficiente información, merece ser transcrita parcialmente, por lo que a sus Fundamentos Jurídicos Quinto, Sexto y Séptimo se refiere, haciendo propias sus palabras.

Dice el Fundamento Jurídico QUINTO:

"El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. 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 sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del 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 núm. 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).

Naturalmente, 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 Código Civil) 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 L.M.V .

Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben de hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva.

La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, 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.

La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido STS 20-1-2003)".

Continúa el Fundamento Jurídico SEXTO: "Como es que lo pretendido es la declaración de nulidad del negocio por error en el consentimiento por falta de la necesaria información, que el legal representante de la actora, al declarar, acusó el error ante el desarrollo negativo para sus intereses del contrato litigioso y que eso mismo pone en evidencia el adverso en el sentido de que al evocado 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 que, antes de entrar al análisis del caso, debe abordarse este aspecto del contrato en orden a la causa del mismo y el error alegado y es que 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 (SES 27-5-1982 , 29-11-89 ra 7921, 4-12-97 ra 8727 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 /2007) 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 caso, ya se ha expuesto, las declaraciones del director de la sucursal del demandado, donde se suscribió el contrato, revelan que la entidad bancaria no era ajena al propósito y finalidad que guiaba al actor al concertar los contratos litigiosos, antes por el contrario, de esas sus manifestaciones lo que se desprende es que la entidad bancaria, a través de su empleado, toma la iniciativa de novar los contratos ante las fluctuaciones experimentadas por los tipos de interés y para conjurar unos efectos negativos excesivamente adversos (se entiende para el cliente), resultado que sí se venía consiguiendo con los contratos suscritos en el año 2.004 como así lo revela la escasa cuantía de las liquidaciones practicadas a su favor (hecho 1 de la contestación), sin por ello abandonar el Banco su propio interés, mediante el establecimiento de una barrera porcentual y de 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, a nuestro juicio, oponerse como óbice a la apreciación del posible error como tampoco que su denuncia se produzca consumado el contrato pues es que la propia Ley fija el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad por error desde la consumación del contrato (art. 1.301 CC) de acuerdo con su naturaleza propiamente resolutoria (art. 1.303 CC) y sobre que con tal proceder incide el actor y recurrente en infracción en el principio de actos propios, tal argumento debe de entenderse

como alegación de la convalidación del negocio, en forma tácita, por actos del que tuviere derecho a ejercitar la acción de nulidad que impliquen necesariamente la voluntad de renunciarla (art. 1.311 CC) pues por algún sector doctrinal se ha identificado la manifestación tácita de renuncia como una del genérico principio que proscribe ir contra los propios actos.

Sin embargo, no se aprecia, a juicio de la Sala, la concurrencia de tal acto inequívoco y así es que, si entre los muchos posibles a los que se dota de tal carácter esta el cumplimiento voluntario de la prestación o el aprovechamiento de los efectos del negocio por quien pudiera ejercer la acción de nulidad, no se ha producido en el caso ni lo uno ni lo otro al tratarse de liquidaciones practicadas en la cuenta asociada a los contratos litigiosos con resultado negativo para el recurrente. (-) "

Por último, en el Fundamento Jurídico SÉPTIMO se concluye "Todo lo cual dicho, es el momento de decidir sobre la concurrencia o no del error y la respuesta debe de ser positiva.

A la fuerza ha de reiterarse; el cliente del Banco es una entidad dedicada a la hostelería que buscaba con la contratación de las permutas de intereses protegerse frente a las fluctuaciones del mercado; el Banco tomó la iniciativa de la cancelación del contrato vigente y su sustitución por otros con distintas condiciones que él elaboró y decidió presentándolo a la firma del cliente asumiendo así cierto papel de gestión de los intereses del cliente (si nos atenemos a como el director de la sucursal explicó la razón de tomar la iniciativa de la revisión del contrato vigente) 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 a la par 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.

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 II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor).

Estas previsiones, ese conocimiento previo 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 las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a

ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial.

Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés.

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 2.006 el euribor sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente si aquéllos se ponen en relación con los del desarrollo de la relación desde la primera contratación el año 2.004, 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 pudo 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 del Tribunal 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 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.).

Es por todo ello que la Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 27.01.2010 estima el recurso en cuanto a la declaración de nulidad de los negocios litigiosos con la consecuente obligación restitutoria (art. 1.303 C.C.).

A la misma conclusión cabe llegar en el presente supuesto, en atención a la prueba practicada.

La entidad demandada interrogó al administrador de la demandante, tratando de poner de manifiesto una experiencia profesional que dejaría sin base las alegaciones de complejidad de lo firmado e ininteligibilidad para el usuario común, excluyendo por tanto el error en su consentimiento. Sin embargo no puede obviarse que el Sr. Larreina, si bien admitió ser o haber sido administrador de algunas mercantiles, fundamentalmente como socio único, afirmó que siempre ha sido autónomo, que no tiene titulación ni habla inglés, ni ha firmado antes o después de los del presente procedimiento swaps.

En todo caso, más capacidad para el entendimiento de los contratos aportados con la demanda cabría presumir en el testigo propuesto por ambas partes, D. Alberto Martín Rolloso, habida cuenta su condición de director de la oficina bancaria en la que se suscribieron los swaps, y ello no resultó evidenciado en su declaración. No es de extrañar que el propio empleado de la entidad demandada no pudiera aclarar los términos del contrato, dado el tenor de las definiciones que para su interpretación se recogen en el Anexo II del Contrato Marco. Tampoco conocía el coste de la cancelación a la fecha. El Sr. Rolloso no solo no recordaba el significado de ciertos términos en inglés que figuraban en los contratos, aludiendo a que solía "explicar las explicaciones que vienen en el anexo", sino que mantuvo que "la finalidad era cubrir las oscilaciones de los tipos de interés. En caso de subir el tipo de interés que al cliente no le suban tanto". Tal declaración testifical corrobora lo expuesto en la demanda en cuanto a la inducción a la suscripción del producto bajo la apariencia de un simple seguro de cobertura de frente a posibles subidas de los tipos de interés. No pudo precisar el testigo si en este caso el producto se ofreció al cliente o fue éste el que lo demandó; en todo caso, no se ha contradicho, menos probado, que el producto fuera adecuado a las características del demandante (la póliza de crédito abierta en el 2008 fue completamente cancelada en el ejercicio 2009, sin que conste la existencia de ninguna otra posición financiera que justifique o merezca cobertura de

tipos); sin dejar de lado que a la ahora demandante se le fueron proponiendo nuevos contratos, que bajo la misma denominación principal ("Confirmación de permuta financiera de tipo de interés"), evolucionaron en sus subtítulos hacia una aparente mayor sencillez, si bien no suponiendo una mejor posición del cliente.

En definitiva, el contenido de los contratos aportados, lo declarado tanto por el administrador de la demandante como por el empleado de la demandada, llevan a concluir que se ha de estimar la demanda, mereciendo ser protegida la demandante frente al error, por no apreciarse negligencia en el proceder de su administrador, quien es conducido a la celebración de un contrato tras las explicaciones de un empleado que hace accesible al profano la intelección de un contrato de muy complejo contenido, que se presenta como una cobertura frente a las oscilaciones de los tipos de interés, lo que no es. No obsta a la estimación de la demanda esgrimir que no se brindaba asesoramiento, toda vez que la información no se aprecia fuera ajustada a lo exigible, teniendo en cuenta la verdadera naturaleza del contrato, o mejor dicho la sucesión de contratos a los que se aboca al cliente, que se ve dificultado notablemente para dar marcha atrás.

CUARTO.- Restitución de las prestaciones. La nulidad de la relación contractual tiene unos efectos necesarios, de forma que la ruptura del vínculo provoca la preceptiva reposición de las partes a la situación anterior a la celebración del contrato, acogiendo la pretensión ejercitada por la parte demandante de que se condene a la demandada a la restitución de las prestaciones. No se precisó en la demanda lo satisfecho a la fecha de su interposición ni en la vista se indicó lo abonado hasta ese momento de manera indubitada. Es por ello que no se va a fijar en esta resolución la cifra correspondiente, sino que habrá de liquidarse conforme a lo solicitado, a lo que se accede.

QUINTO.- Las costas ocasionadas por el presente juicio han de ser abonadas por la parte demandada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta la estimación íntegra de las pretensiones de la actora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimando totalmente la demanda formulada por el

Procurador Sr. Santín Díez, en nombre de [REDACTED],
contra Banco Santander S.A.,

* declaro la nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera de intereses de fecha de inicio 22 de enero de 2008, suscrito entre las partes con las consecuencias resolutorias inherentes a tal pronunciamiento previstas en el artículo 1.303 del Código Civil.

Y en consecuencia:

* condeno a la demandada

**a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituirse las prestaciones.

**a que satisfaga las costas del procedimiento.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, y se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna.

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 0030 1846 42 0005001274 y en observaciones 4748 0000 00 0873 10, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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