

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 11
LEHEN AUZIALDIKO 11 ZK.KO EPATTEGIA
BILBAO (BIZKAIA)**

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016683

FAX: 94-4016981

NIG/IZO: 48.04.2-09/035035

Procedimiento/Prozedura: Pro.ordinario L2-Prozedura arrunta, 2000ko pzl
1511/09 -

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

11 NOV 2010

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

En Bilbao, a cinco de noviembre de dos mil diez.

SENTENCIA N° 276/10

Dña. ANA PEREZ BOBADILLA, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia n°11 de Bilbao y su Partido, habiendo visto y oído la presente causa, JUICIO ORDINARIO N° 1511/09 de los que han sido partes como demandante la procuradora Dña.Marta Pascual Maravilles en nombre y representación de D.

; y Dña. asistidos por su letrado Dña.Susana Barbero frente a la entidad demandada, Banco Santander Central Hispano SA representada por procurador D.German Ors Simón y asistidas de letrado D.Juan Jose Iturrate Andechaga, sobre acción de nulidad contractual, en virtud de las facultades que me han sido dadas por la Constitución, dicto la siguiente Sentencia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la supracitada actora se presentó demanda de juicio ordinario frente a las demandadas en que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró de aplicación, terminaba interesando el dictado de una sentencia que:

-Declare nulo el contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés sucrito entre la actora y Banco Santander Central Hispano con fecha 11 de junio de 2004.

-Declare que la actora no debe cantidad alguna por dicho contrato

-Condene a la demandada a pagar a la actora la cantidad de ocho mil cuatrocientos treinta y nueve euros con

noventa y seis centimos de euro (8.439,96E) más los intereses legales del art. 576 LEC.

-Condene a la demandada al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la misma se procedió a dar traslado a la parte demandada de la misma a los efectos del art. 404 NLEC procediendo a su emplazamiento con los requisitos legales.

TERCERO.- Contestada en forma y plazo la demanda por la demandada en el sentido de oponerse íntegramente a la demanda, se interesó la absolución a dicha parte demandada de la totalidad de pedimentos con expresa condena en costas a la actora.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el art.405 NLEC se convocó a las partes a la celebración de Audiencia Previa al Juicio a tenor de lo previsto en el art. 414 ss NLEC, celebrándose la misma en fecha 12 de marzo de dos mil diez con el resultado que obra en autos y señalándose el Juicio para la práctica de la prueba admitida y declarada pertinente (consistente en documental e interrogatorio de parte así como testifical), quedando citadas las partes.

QUINTO.- Llegado el día del juicio, 8 de octubre de 2010, comparecieron las partes representadas y asistidas en forma legal, celebrándose el mismo de conformidad con lo preceptuado en el art.433 y quedando la litis Vista para Sentencia una vez practicada la prueba legalmente admitida y declarada pertinente y evacuado el trámite de conclusiones por las partes.

SEXTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- En fecha 18 de enero de 2002 el matrimonio formado por D. y Dña. suscribió un contrato de préstamo hipotecario con el Banco Santander Central Hispano por importe de 93.156,88E para financiar la compra de su vivienda. Dicho préstamo fue concedido a un plazo de 25 años fijándose un tipo de interés fijo del 4% durante el primer año y a partir de entonces el tipo de interés nominal anual del capital del préstamo dispuesto y pendiente de amortizar

tendría carácter variable. (pactándose para el resto del plazo como índice de referencia el euríbor a un año).

SEGUNDO.- En fecha 11 de junio de 2004 D. _____ y Dña. _____ suscribieron un contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés con el Banco Santander Central Hispano. La contratación de dicho producto les fue ofrecida por la directora de la sucursal del Banco Santander Dña. Mercedes Carranza Elcano primero telefónicamente y luego en una reunión en el Banco. La citada empleada del banco conocía la preocupación de los mismos por la subida de tipos de interés de su préstamo hipotecario en vigor y les ofertó ese nuevo contrato como una suerte de cobertura frente a ese riesgo. No se ha acreditado que antes de firmar dicho contrato les hiciera entrega de la documentación relativa al mismo ni información escrita sobre aquel.

Previamente, el citado matrimonio no contaba en dicha entidad con ninguna cartera de valores ni había contratado ningún otro producto financiero de riesgo.

TERCERO .- La última hoja del citado contrato fue remitida a los demandantes para su firma a la sucursal de su domicilio en Bermeo como así lo hicieron sin que conste qué documentación les fue entregada a las partes. El producto contratado era un swap (contrato de permuta financiera de tipos de interés). Los Sres. Goitia-Santos no pactaron concretamente ninguna de las cláusulas del contrato ni hicieron modificación alguna en los términos del mismo ofrecidos por el Banco.

CUARTO.- La primera noticia recibida por los antecitados sobre los efectos del contrato celebrado tuvo lugar en fecha 30 de noviembre de 2005 en que se practicó la primera liquidación por el Banco por un importe de 1.608,44E que se cargó en su cuenta, causándoles sorpresa por lo que comenzaron a pedir explicaciones sobre la realidad del contrato en vigor. Las siguientes liquidaciones cargadas en la cuenta de los demandantes fueron: en fecha 30 de noviembre de 2006: 1290,07E, en fecha 30 de noviembre de 2007: 619,77E y en fecha 28 de noviembre de 2008: 155,68E ofreciendo un subtotal de 3.673,96E. A instancias de los actores se canceló anticipadamente el producto en fecha 3 de julio de 2009, cobrando el banco un costo de 4.766E. En dicho acuerdo de cancelación hizo constar el Sr. Goitia su reserva al derecho a interponer la presente demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente demanda es promovida por el antecitado matrimonio en ejercicio de acción de nulidad contractual (y alternativamente resolución contractual) de un contrato de permuta financiera (swap) suscrito con la entidad bancaria demandada bajo el alegado convencimiento erróneo de que en realidad se contrataba una suerte de seguro o contrato de cobertura del riesgo de subida de los tipos de interés pactados en el contrato de préstamo hipotecario de su vivienda, contrato que estaba en vigor a la fecha con dicha entidad (Santander Central Hispano SA). Se alega que por la directora de la sucursal se les ofreció dicho contrato inicialmente por teléfono instándoles a suscribirlo con premura para beneficiarse dicha cobertura sin ofrecerles información o datos adicionales sobre las peculiaridades de dicho producto financiero ni entregarles documentación relativa al mismo así como tampoco se les advirtió de que se trataba de un producto de alto riesgo ni de su complejidad. Por la confianza que les merecía la representante del banco (que les explicó superficialmente el producto a contratar en una reunión en la sucursal), firmaron simplemente la última hoja del mismo que se les remitió a la oficina de su domicilio (Bermeo) sin facilitarles el banco siquiera copia del total contrato sino hasta que fue requerida expresamente en el año 2008 por los demandantes (y remitida vía fax). Los actores alegan que firmaron la confirmación del Swap sin haber siquiera tenido a su disposición el contrato marco al que el mismo se remitía. Y añaden que no fue sino hasta la primera liquidación realizada por el banco cuando, sorprendidos por los efectos tan desfavorables del citado contrato, comenzaron a informarse sobre el producto realmente contratado. En consecuencia, se insta en esta litis la declaración de nulidad del mismo por existir vicio en el consentimiento prestado por los mismos consistente en error sobre el objeto del contrato debido a la falta de información ofrecida por la entidad demandada que no cumplió con su obligación legal al respecto por negligencia y falta de formación del personal encargado de su comercialización. Se invoca al respecto los arts. 1261, 1265, 1266 CC y 1300 y 1301CC. Adicionalmente se alega que la nulidad viene determinada por la propia redacción del contrato que vulnera la Ley General de Consumidores y Usuarios y que además no se ajustaba al perfil de los actores. Se invoca igualmente la indeterminación del objeto del contrato (vulnerando la exigencia del art. 1273CC) al no constar el contenido y condiciones del mismo en la confirmación del "swap" inicialmente suscrita que en todo caso se remitía al contenido de un contrato marco que alegan haber desconocido en su totalidad. En dicha "confirmación" se alega que se consignaba un importe nominal inicial de 60.000E sin explicar la forma de liquidación del producto ni explicitar las obligaciones contraídas por el cliente en caso de bajada de los tipos de interés por debajo de determinado y conteniendo conceptos oscuros como "euribor al plazo de 12 meses publicado en la página de Reuters "Euribor01" y

capitalización N/A, siendo el agente de cálculo el propio banco y vulnerando con ello el art 1256CC y las obligaciones inherentes a la redacción de tales contratos-tipo.

Se invoca una extensa jurisprudencia menor (que en numerosas ocasiones ha anulado contratos de similar naturaleza a los de autos en supuestos de error) e incluso resoluciones del servicio de reclamaciones del Banco de España para justificar la necesidad de un determinado soporte informativo en el caso de derivados financieros tan complejos y de alto riesgo como el de autos, cuya total omisión se alega en la demanda. Se cita como infringido, entre otros, el art. 13 (y art. 10) de la Ley de defensa de consumidores y usuarios, la normativa contenida en Ley 24/1988 de 28 de julio de Mercado de Valores (arts. 38,44,78 y 86) y RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. Se alega también como incumplida la obligación de previa clasificación y valoración del cliente y su perfil, que no se adecuaba en modo alguno a la operación concertada y se trae a colación la actual regulación derivada del RD 217/2008 sobre requisitos de la información que ha de facilitarse al cliente así como las exigencias de la Orden de 7 de octubre de 1999 de desarrollo del Código General de Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión así como los criterios de la CNMV y del SRBE en la materia.

En consecuencia se insta la declaración de nulidad del contrato por haber sido prestado con un consentimiento viciado por error y por ello se interesa la devolución total de las cantidades abonadas al banco en virtud del mismo, tanto las liquidaciones sucesivamente cargadas en su cuenta (por un total de 3.673,96E) como el costo de cancelación anticipada cobrado por la entidad demandada por un total de 4.766E instando igualmente que se declare que "la actora no debe cantidad alguna por dicho contrato".

SEGUNDO.- La parte demandada se opone íntegramente a la estimación de la demanda. En cuanto a los hechos que fundamentan la pretensión de la actora se señala que el contrato de permuta financiera de autos fue completamente autónomo del préstamo hipotecario concluido dos años antes, no se celebró con urgencia alguna y además en la propia confirmación se señalaba en las cláusulas adicionales bajo el epígrafe "conocimiento del riesgo" que: " las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. Cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos". Descarta por ello la existencia de engaño o error en la prestación del consentimiento de los actores por lo que se opone a la declaración de nulidad

instada. Se aduce que los contratos fueron entregados a los demandantes y que fueron debidamente informados sobre el contenido de la citada permuta consintiendo libremente en contratar dicho producto y que ahora intentan resolverlo porque las previsiones sobre evolución de tipos de interés no se han cumplido, habiendo sido debidamente informado de los distintos escenarios que podrían surgir durante la vida del producto y "actuando el cliente sobre sus propias estimaciones y cálculos de riesgos". Se afirma que los demandantes firmaron el CMOF tras mantener conversaciones telefónicas y reuniones y que si hubiesen precisado de más información no tendrían más que haberla solicitado. Se niega la falta de capacitación del comercial del banco alegada de adverso así como que se haya violado la normativa financiera ni el código de conducta que en todo caso tampoco conllevaría la nulidad de los contratos. Se alega que el RD 629/1993 de 3 de mayo citado no es aplicable al caso de autos al no ser contratos tipo ni las confirmaciones ni el CMOF (según OM Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995) como tampoco lo es la Ley 7/1988 de condiciones generales de la contratación habiendo sido la operación de tipo de interés de autos negociada individualmente entre el Banco y el actor habiéndose diseñado las confirmaciones según las necesidades de dicho cliente. En todo caso se manifiesta que la demanda no especifica qué cláusulas serían en su caso abusivas, lo que en todo caso hubiera dado lugar a la nulidad concreta de aquellas y no de todo el contrato. También se niega haber infringido el código de conducta y la inaplicabilidad de la teoría del perfil del inversor al caso de autos en que el banco no actuó como asesor.

Se excluye que en el supuesto litigioso se hayan cumplido los requisitos para que el error produzca la nulidad contractual cuando el mismo no existió o en su caso no sería inexcusable ya que el CMOF fue firmado por las partes. En todo caso se alega que el propio documento de confirmación permitía conocer la operación por sí misma y reseñaba el riesgo inherente así como señalaba que "las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto: se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente". En cuanto a la alegada indeterminación del objeto se niega por un lado la eventual complejidad de la operación de permuta financiera. Se señala que el CMOF no regula el contenido de la concreta operación de confirmación que puede concertarse de forma autónoma. La de autos fue una operación de permuta de "tipos de interés" cuya función económica fue la de cubrir los riesgos derivados de las subidas de los tipos de interés variable por que el banco se obligaba a pagar anualmente a los actores la suma que resultase de aplicar un tipo de interés variable (el euribor) sobre el importe nominal inicial de la permuta (60.000E) mientras que por su parte los actores pagaban al banco la suma que resultase de aplicar un tipo fijo (4,94) sobre el principal del nominal de cada anualidad que estuviera

pendiente conforme a lo pactado, cumpliendo dos objetivos: cubrir a la actora de las subidas moderadas de tipos de interés (en relación con su hipoteca) y proporcionarle liquidez (pág 29 ,30 y 31 de la contestación). Se alega que dicha permuta ("swap") fue contratado en un escenario de previsible alza moderada de tipos en su beneficio ya que el banco "no gana ni pierde" con la evolución de los tipos mientras está vigente el producto y sólo puede perder si se cancela anticipadamente. Obtiene el beneficio de la operación de cobertura que realiza con otra entidad financiera (al contratar una operación en sentido inverso garantizando así su neutralidad financiera en la operación.

Por todo ello se alega la total validez de la citada operación y se solicita la total absolución respecto de los pedimentos esgrimidos de adverso.

TERCERO.- Planteada la litis en los citados términos resulta que examinado el acervo probatorio unido a la causa, desde la perspectiva del onus probandi exigida por el art. 217.1º LEC ha de concluirse que la demanda debe prosperar. Y ello porque efectivamente del examen conjunto de las declaraciones oídas en el acto del juicio puestas en relación con el contenido del documento de confirmación (doc nº2 de la demanda) y CMOF (doc 2B de la misma) resulta absolutamente acreditada en el supuesto de autos la existencia de error en el consentimiento prestado por los actores en la suscripción de dicha operación de permuta financiera de tipos de interés ya que sin duda alguna de haber sido debidamente informados sobre las obligaciones que contraían en virtud de la referida operación y de haber comprendido la dinámica y naturaleza jurídica de la misma, sin duda alguna no hubieran prestado su consentimiento a su conclusión. Y dicho error en los elementos sustanciales del contrato, no obedeció en modo alguno como alega el banco demandado a una suerte de negligencia por parte de los citados clientes que pese a no entender el producto no pidieron explicaciones complementarias sobre el mismo sino que precisamente fue inducido por la deficiente información ofrecida por parte de la directora de la sucursal que les vendió el producto y la absolutamente equívoca y oscura redacción del clausulado de los propios contratos que favorecieron que las breves y simplistas explicaciones orales de aquella fueran sin más aceptadas por los citados clientes, habida cuenta la relación de confianza existente con la citada directora (Dña. Mercedes). A ello ha de añadirse el hecho improbadado en esta litis sobre la eventual y efectiva entrega a los citados clientes del texto íntegro de tales contratos en el momento de su suscripción, extremo que ellos niegan y respecto del cual la demandada no ha desplegado iniciativa probatoria alguna al respecto, constando en autos sólo copia de tales documentos firmados ambos por los actores que añaden que nunca llegaron siquiera a leer el texto del CMOF cuyo contenido firmaron tras la confirmación.

Alegan que se limitaron a firmar la última página que les fue remitida a la sucursal de su domicilio. No se ha acreditado fehacientemente qué documentación se les entregó ni cuándo, siendo sin embargo significativo el hecho de que la propia Dña. Mercedes no pueda precisar nada sobre la entrega de documentación admitiendo en todo caso que el CMOF no lo tenía en su poder en el primer momento en que se reunieron (ni parecía conocer su contenido- que señala "venía elaborado de Madrid") todo lo cual avala las manifestaciones de los actores de que su consentimiento fue principalmente prestado a resultas de las explicaciones orales de aquella.

Y así, al respecto ha de señalarse que la información suministrada por la entidad demandada, tanto por mediación de su empleada que negociaba dicha operación como en la propia plasmación documental de la misma (e incluso si hubiera estado a plena disposición de los demandantes antes de suscribir el producto, extremo mas que dubitado como se ha referido "ut supra") fue absolutamente deficiente y totalmente idónea para crear en los actores el falso convencimiento de que contrataban una operación segura de cobertura de riesgos, "blindándose" frente a eventuales subidas de los tipos de interés de su préstamo hipotecario ya en vigor. Y ese era su propósito al efectuar esa operación con el banco dos años después de la suscripción de la hipoteca, como lo ha admitido expresamente la propia Dña. Mercedes en su declaración. Ella contactó con los actores y les ofreció el citado producto (precisamente relacionándolo con la hipoteca en vigor) y no ha justificado que les informase diligentemente del objeto de dicho contrato su autónomo comportamiento respecto del préstamo hipotecario (de hecho una vez cancelada la hipoteca éste seguía en vigor) y sus posibles efectos adversos, más aún, les ofreció como ventajoso y simple lo que en realidad era una operación compleja y de alto riesgo, con un fuerte contenido especulativo, probablemente sin conocer ella misma en profundidad el comportamiento y previsible evolución del producto financiero ofrecido, como lo demuestra en su declaración oral en el acto del juicio en que no es capaz de explicar de forma clara y coherente el comportamiento del swap de autos. Y así, en su declaración testifical viene a admitir que conocía que la finalidad buscada por los actores al contratar era precisamente la de cobertura de un riesgo (evitar que se disparasen los tipos de interés variables de su hipoteca en ese momento en ascenso) y no justo lo contrario, (generando otro mayor aún como se hizo en realidad), máxime cuando los citados clientes respondían a un perfil absolutamente conservador con un nulo interés especulativo, como lo demuestra el hecho de que la citada testigo admita que les llamó precisamente por tener suscrito el citado préstamo hipotecario y que nunca antes tales clientes habían contratado derivados ni productos financieros de riesgo ni se habían interesado en inversiones bursátiles o similares, como tampoco lo permitía su situación financiera

de ningún modo desahogada. La prueba sobre la iniciativa e interés del banco en la contratación es palmaria en cuanto que la propia Sra. Carranza adviera las afirmaciones de los actores de que ella les llamó motu proprio ofreciendo el producto y les citó al efecto en la sucursal incluso por la tarde, fuera de horario de apertura al público para adaptarse a sus posibilidades. Y es obvio que en ningún momento les planteó que la operación ofrecida fuera compleja o implicase riesgos que hubiera que sopesar o meditar en tanto que es concluyente al efecto que admita que ella no disponía siquiera del contrato marco para enseñárselo, que no recuerde siquiera por qué se fijó ese capital de 60.000E ni el tipo de interés que ella les ofreció -y se plasmó en la confirmación- y que simplemente recuerde que les hizo un "esquema" o "chuleta", cuya copia por supuesto no conserva y sobre el que no ofrece dato alguno quedando ya directamente en la remisión del contrato a Bermeo para su firma. Es evidente que no se ofreció a los actores en modo alguno la oportunidad de sopesar los pros y contras de una operación que se ofrecía como claramente ventajosa, como deriva del hecho que ninguna de las cláusulas de la citada confirmación fuera realmente negociada entre las partes limitándose los actores a aceptar las condiciones ofrecidas por la citada directora y firmar subsiguiente las mismas sin conciencia alguna de quedar sometidos a obligaciones aleatorias ni bajo un componente claramente especulativo y sin asumir ni hipotéticamente la eventualidad de un grave costo económico a resultas de dicha operación (costo que el Sr. Goitia ha señalado en su declaración que no se podía permitir como bien sabía la Sra. Carranza). Y así, ha sido igualmente probada la falta de preparación específica de la citada representante del banco en esta operación como resulta de su propia declaración en el acto del juicio (y sin que la demandada haya acreditado en su caso la existencia de formación específica en la materia respecto de la misma). Se muestra en el juicio oral (al igual que el resto del personal del Banco interrogado (en ese caso por videoconferencia) absolutamente incapaz de describir con claridad meridiana (más allá de recurrir a conceptos vagos sobre "intercambios de flujos, en base al tipo de interés") el objeto, comportamiento y condiciones concretas del citado contrato de permuta financiera sin poder improvisar un ejemplo práctico fácilmente comprensible sobre las operaciones de liquidación en cada escenario de subida o bajada de tipos como supuestamente debió hacer (el Sr. Goitia lo niega y ella afirma que puso ejemplos -al parecer todos ellos en escenarios de subida de tipos) al ofrecer el producto. Se muestra incapaz de explicar el concreto contrato swap o sus cláusulas -vgr la complejísima 14 del CMOF sobre cálculo de la cantidad a pagar- o de señalar dónde se explica la fórmula de liquidación en el documento de confirmación (que no la contiene) o dónde se explicita el costo de cancelación anticipada, (y cómo se calculaba el mismo) extremos todos ellos que supuestamente debería haber conocido para informar

a su cliente y sin cuyos datos (y ante la opacidad del texto contractual) es más que dudoso que el mismo pudiera decidirse a contratar tal operación.

Y al respecto es aplicable mutatis mutandis lo recogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, n° de Resolución: 189/2010 de Fecha 07/04/2010 en supuesto casi idéntico al presente señala que: "De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia AP Valencia, de fecha 26-4-2006).

De una valoración en conjunto de la prueba practicada en los autos cabe llegar a la conclusión de que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y de alto riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características de los mismos fué harto deficitaria, por no decir prácticamente nula, pudiendo incluso en algún aspecto importante alcanzar a ser hasta equívoca".

CUARTO.-Y así ha de ponerse en relación la insuficiente información al cliente ofrecida por el personal del banco que ha sido acreditada, con la absoluta inidoneidad del contrato propuesto para el perfil de dicho cliente absolutamente conservador (el matrimonio demandante) y la finalidad del mismo al contratar. Y es totalmente revelador que la Sra.Carranza (y también los otros empleados del Santander que han declarado) trate de presentar como sencillo un producto financiero cuyo comportamiento previsible no pueden explicar ni predecir ni siquiera aproximadamente, máxime cuando la doctrina y casi unánime jurisprudencia menor lo viene calificando como un complejo producto financiero y su contratación no es habitual en el tráfico jurídico de particulares que carezcan de conocimientos financieros o que carezcan de ánimo de inversión especulativa, como los demandantes.

Y así en cuanto a la naturaleza y efectos del contrato celebrado es predicable aquí la definición contenida en numerosas sentencias en supuestos similares al de autos, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial

de Cáceres, nº de Resolución: 261/2010 de Fecha : 18/06/2010 de que "se trata de un swap de intereses, que viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación -contrato-, por la que las partes acuerdan intercambiarse ente sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada. También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como "un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable". En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, término que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el artículo. 20.1, 18º, d) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera, o la Circular 1/1991, del Banco de España que desarrolla diversas medidas sobre liberalización del control de cambios dentro de la pauta marcada por el R.D. 1.816/1991, de 20 de diciembre. Por otro lado, el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, en su artículo 19 regula los instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés de los préstamos hipotecario. Igualmente, estos contratos de cobertura de riesgos de incremento de tipos de interés se regulan en la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica.

Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, 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. Como señala la doctrina, 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. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocial, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente

aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor.

Debe señalarse, 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 artículo 1.799 Código Civil tendiendo 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. La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian".

Partiendo de lo expuesto, y examinado el propio texto del contrato de confirmación y del contrato marco unidos a autos que obvian toda suerte de explicaciones sobre dicha dinámica contractual dándolas por supuestas, es obvio que no puede sin más presumirse el conocimiento previo de dicha figura negocial por parte de los actores siendo verosímil su más que probable confusión con una suerte de seguro vinculado con un préstamo de interés variable (lo que querían contratar y creían estar contratando) al examinar los términos de la confirmación firmada en que se fijaba un capital, un tipo fijo de interés para el cliente de un 4,94% y una serie de amortizaciones sin que en ningún extremo se explicitase de forma clara una fórmula matemática comprensible de liquidación para cada una de las partes, (o el supuesto concreto en que sería positiva o negativa para una u otra) o un costo siquiera aproximado de cancelación anticipada (ni siquiera referida en dicha confirmación y confusa e imprecisamente regulada en el CMOF que habla de "negociación" y "valor de mercado") ni menos aún una clara constancia de dicho producto como contrato de alto riesgo sin que pueda al efecto interpretarse que la mera cláusula adicional de "conocimiento de los riesgos de la operación" (citada en contestación a la demanda) e incluida al final de la confirmación pueda desplegar tales efectos informativos o siquiera despertar la sospecha del cliente, ya que en términos generales refiere "riesgos inherentes o que puedan derivarse" (lo que se predica de cualquier relación contractual bilateral) así como una manifestación a todas

luces inveraz -con la que el Banco trata de cubrir su responsabilidad- haciendo firmar al cliente "que no ha sido asesorado sobre la conveniencia de realizar esta operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y riesgos", hechos desmentidos por el acervo probatorio desplegado "ut supra".

Como predicaba en un supuesto muy similar (en que se anula el contrato por error en el consentimiento del cliente por deficiente información bancaria) la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial Oviedo, (Nº de Resolución: 286/2010, de Fecha 23/07/2010) "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 RA 2605, 29-11-89 ra 7921, 4-12-97 ra 8727 Y 1-4-98 RA 1512) 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 RA 230/2007) 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 RA 6930).

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 RA 2762); 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 RA 7921). 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.

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)".

QUINTO.- Atendido lo expuesto sobre la negligencia palmaria en la información dispensada verbalmente a los actores por parte del banco en cuanto al contrato de autos y sus consecuencias, han de acogerse parcialmente las alegaciones de la demanda referidas al contenido objetivo de los contratos suscritos que incluso de haber sido puestos a disposición de los clientes en el momento de la contratación como le era legalmente exigible (extremo improbadado siendo más que probable que el CMOF no lo fuera siquiera) adolecen de una cierta indeterminación e imprecisión en la configuración de su objeto y condiciones que, sin llegar a determinar su

nulidad por incumplimiento del requisito exigido en el art. 1273CC en relación con art. 1261.2ºCC sin embargo sí permiten considerar vulnerada en parte la regulación legal exigida por la Ley de Mercado de Valores en materia de obligaciones de lealtad e información bancarias y Ley de Condiciones Generales de Contratación y Ley General de protección de consumidores y usuarios. Tales deficiencias en la redacción de los contratos coadyuvaron activamente (sobre todo desde el punto de vista omisivo) a la generación del vicio de consentimiento debatido en esta litis (error).

Y ello porque examinados conjuntamente el documento de confirmación e integrando el mismo con el Contrato Marco (documentos 2 y 2b de la demanda, copias de los originales en poder de la demandada que no los ha impugnado) puede afirmarse que en el primero de ellos queda sustancialmente configurado el objeto del contrato como una permuta financiera de tipos de interés cuyos elementos esenciales se pactan en tal documento (bien que de forma oscura, excesivamente técnica y de difícil comprensión para el cliente medio) quedando fijado el importe nominal que sirve de cálculo al que se adjunta un cuadro de amortización, se fija el plazo de vencimiento y los tipos aplicables para cada parte contratante. Sólo en el CMOF se especifica un costo inherente a la cancelación anticipada que se omite en la citada confirmación y se fijan una serie de determinaciones ininteligibles en la cláusula 14 sobre la cantidad a pagar. Así pues, no puede considerarse en la contratación de autos la existencia de una total indeterminación en el objeto contractual, objeto que sí era determinable si atendemos a la naturaleza jurídica propia de la operación concertada (que permite que el agente del cálculo sea el Banco) y a la fijación concreta de sus variables en la citada confirmación, sin exigir por ello nuevo convenio entre las partes para desplegar su eficacia. Sin embargo, de su examen conjunto con el resto de prueba practicada, ha de predicarse obviamente la existencia de una oscuridad y opacidad tal en su redacción que evidencia que la misma es sólo apta para iniciados en el mundo financiero sin que los actores pudieran al momento de contratar haber hecho una cabal predicción de los efectos pecuniarios de la referida operación. Es revelador al efecto que preguntados por la forma de liquidación de las respectivos pagos a que quedaban obligadas de las partes, no ha podido ser explicada debidamente en el juicio oral por dos directores de sucursal y otros miembros cualificados del personal del banco interrogados -vgr, el Sr. Sanchez Marcos director de desarrollo de proyectos y una responsable del departamento de tesorería que afirman saber liquidar y calcular el rendimiento del producto pero no pueden ofrecer en su declaración una opinión sobre la evolución y comportamiento del mismo últimamente ni siquiera de forma estimativa calcular el costo total del pactado en autos, remitiéndose a la necesidad en cada caso de acudir a diversas fórmulas matemáticas financieras a tenor de diversas

variables y a la necesidad de valorar "flujos pendientes" para poder fijar por ejemplo, el costo de cancelación anticipada del mismo sin poder efectuar ninguno de ellos ni siquiera una predicción estimativa ni la localización concreta de tales extremos en los citados contratos.

Partiendo de la citada complejidad del producto financiero y la vaguedad de la fijación de sus variables en la citada confirmación, (prácticamente esquemática) en casi nada aclaradas por la redacción genérica, también imprecisa y farragosa del citado contrato marco, resulta obvia la grave dejación por parte del Banco de sus deberes legalmente impuestos en materia informativa, máxime cuando el citado contrato marco es obviamente un contrato del que resultan predicables todas las características propias del contrato tipo y de adhesión e igualmente en este caso respecto de la confirmación, la prueba desplegada apunta a que ninguna de las cláusulas o condiciones fue pactada o negociada entre las partes, limitándose el cliente a asentir a la totalidad del modelo contractual ofrecido unilateralmente de adverso por lo que analógicamente han de considerarse vulneradas por el banco también las obligaciones impuestas por dicha legislación siendo el referido incumplimiento el antecedente causal del error padecido por los demandantes vicio que, como veremos, será el que avale la declaración de nulidad del citado contrato .

Y así como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial Oviedo, (nº de Resolución: 286/2010, de Fecha : 23/07/2010) "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 laL.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 deLey 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valoresal venir considerada por el Banco de España y laC.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financierasart. 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 elart.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. 78bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79bis 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).

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".

Y concluye señalando 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)".

En el supuesto litigioso ha de predicarse la vulneración de la misma normativa parcialmente alegada por la demanda y recogida en la reciente SAP de Pontevedra (referenciada "ut supra") que señala que : "En concreto, los contratos de litis vienen a estructurarse en unas condiciones generales o contrato marco, idénticas para todos los productos financieros susceptibles de contratación con la entidad bancaria demandada, y unas condiciones particulares individualizadas para cada tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco. A la vista de la fecha de concertación de los contratos litigiosos, ..le sería de aplicación la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente derogada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Sin que tampoco sea dable el olvidar que en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su art. 2 viene a

establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés (cuál los litigiosos), con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus arts. 78y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, mas de aplicación al caso- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

Y así, de la lectura de los citados contratos (e incluso la interpretación que de los mismos ofrecen los propios empleados del banco) se evidencia que la omisión informativa reseñada resulta palmaria en cuanto al sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes y en cuanto a la fijación concreta de la fórmula de liquidación a favor o en contra del cliente y variables tenidas en cuenta por la misma para cuantificar las mismas, extremos ambos esenciales para la propia formación de un consentimiento libre e informado por parte del cliente. Y así, la citada SAP de Pontevedra reseñaba en supuesto casi idéntico al presente que: " En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos

productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera.

En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión".

SEXTO.- Por lo expuesto, ha de señalarse que en el supuesto litigioso concurren las condiciones del error propio invalidante del contrato alegado por la actora. (Otras muchas sentencias han llegado a idéntica conclusión en supuestos análogos al de autos en relación al citado tipo negocial y la defectuosa información y comercialización del mismo por parte de las entidades bancarias, vgr las recientes Sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, nº de Resolución: 189/2010 de Fecha 07/04/2010, Sentencia de la Audiencia Provincial Oviedo, nº de Resolución: 286/2010, de Fecha 23/07/2010, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Nº de Resolución: 261/2010 de Fecha : 18/06/2010, sentencia

del JPI num. 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, entre otras).

Y así, según el art. 1266 CC, para que el error invalide el consentimiento el mismo debe 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. El error, para ser invalidante, debe recaer como en el supuesto de autos sobre un elemento esencial del negocio. Ha de "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 [RJ 1994, 1469], y 11 mayo 1998 [RJ 1998, 3711]). (STS de 26-6-2000 (RA 9177)). Y ello atendiendo a los hechos probados de esta resolución en que ningún reproche se ha justificado en cuanto a la conducta de los demandantes ya que " 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 [RJ 1982, 179] y 28 septiembre 1996 [RJ 1996, 6820]).". (Sentencia de la Audiencia Provincial Oviedo, n° de Resolución: 286/2010, de Fecha 23/07/2010 en supuesto similar al de autos). En el mismo sentido, SSTs, de fechas 3-3-1994, 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006.

Acreditados por tanto los presupuestos de existencia de error excusable en los actores sobre la esencia del contrato de permuta financiera celebrado en fecha 11 de junio de 2004 con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento, procede la íntegra estimación de la demanda, declarando la nulidad de dicho contrato. Por ello, a tenor de lo preceptuado en arts. 1300 y siguientes del CC, y especialmente art. 1303CC procedería una recíproca restitución de las prestaciones entre las partes, si bien en el supuesto litigioso no habiéndose formulado por la demandada en su caso ninguna pretensión reconventional en tal sentido, habrá de estimarse la solicitud de la actora de condena a la demandada a la total restitución a aquella de la totalidad de lo abonado durante la vigencia del contrato tanto en concepto de liquidaciones periódicas como por costo de cancelación y que se ha justificado documentalmente ascendiendo a la suma de ocho mil cuatrocientos treinta y nueve euros con noventa y seis centimos de euro (8.439,96E) a que habrán de adicionarse los intereses legales del art. 576 LEC declarando que la actora nada debe a resultas de dicha

relación contractual anulada.

SEPTIMO.-En materia de costas, a la vista del criterio del vencimiento del art. 394.1LEC, dada la total estimación de la demanda, procede imponer el abono de las costas procesales a la demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

QUE ESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora Dña.Marta Pascual Maravilles en nombre y representación de D. y Dña.

frente a la entidad demandada, Banco Santander Central Hispano SA representada por procurador D.German Ors Simón, HE DE DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés sucrito entre la actora y Banco Santander Central Hispano con fecha 11 de junio de 2004 y HE DE CONDENAR Y CONDENO a la demandada al abono a la actora la cantidad de ocho mil cuatrocientos treinta y nueve euros con noventa y seis centimos de euro (8.439,96E) más los intereses legales del art. 576 LEC, sin que la actora haya de efectuar abono alguno a la citada entidad y todo ello con expresa imposición de costas procesales a dicha demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de VIZCAYA (artículo 455 LEC).

El recurso 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 (artículo 457.2 LEC).

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 3418 00 0000000000 y en observaciones 4725 0000 00 1511 10 , consignación que deberá ser acreditada al **preparar** el recurso (DA 15ª 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, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en BILBAO (BIZKAIA) al día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.