

Juzgado Primera Instancia 5 Sant Feliu de Llobregat  
Dalt, 10-12  
Sant Feliu de Llobregat Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 630/2010 Sección E

Parte demandante  
Procurador TERESA MARTI AMIGO  
Parte demandada BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, SA.  
Procurador JUAN GARCIA GARCIA

### SENTENCIA Nº 114/11-E

En San Feliu de Llobregat a 30 de mayo de 2011

Vistos por la Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Eloina González Orviz Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº Cinco de esta Ciudad y su Partido, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 630/10, entre partes: de una y como demandante ..representada en autos por el Procurador D<sup>a</sup> TERESA MARTI y de otra y como demandados **BANCO ESPAÑOL DE CREDITO** representada por el Procurador de los Tribunales Sr. JUAN GARCIA sobre reclamación de declaración de nulidad contractual.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO-** Procedente de turno de reparto tuvo entrada en este Juzgado demanda de Juicio Ordinario presentada por el Procurador Sr. TERESA MARTI AMIGO en la representación acreditada, a la que acompañó los documentos que estimó oportunos, en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y en cuyo suplico solicitaba fuese dictada sentencia en la que se declare nulo y sin valor ni efecto alguno el contrato de operaciones financieras, sus anexos y su confirmación, suscritos los primeros el 24 de julio de 2007 entre .. y Banco Español de Crédito S.A. por haber existido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento por parte de .. consistente en error excusable. Que se declaren igualmente nulos los cargos y abonos producidos en la cuenta corriente asociada al contrato y que queden acreditados por la prueba que se practique, así como a la devolución de las mutuas contraprestaciones con sus frutos e intereses y que se impongan a la demandada las costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado de la misma a la parte demandada emplazándola, en legal forma, para que en el improrrogable plazo de veinte días compareciese y, en su caso, la contestase, lo que efectuó mediante escrito de 1 de octubre de 2010 en el que se opuso y alegó cuanto a su derecho convino, interesando la desestimación de la demanda

con imposición de costas a la parte actora. Celebrada el 25 de octubre de 2010 Audiencia previa, en la misma ambas partes que asistieron debidamente representadas propusieron los medios que se recogen en el acta de la vista que resultaron admitido. Celebrada la vista el día 31 de marzo de 2011 y practicadas las pruebas personales admitidas, tras las conclusiones de ambas partes se declararon los autos conclusos para sentencia.

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

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **Pretensiones de la parte demandante**

**PRIMERO.-** La parte actora interesa la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés o swap celebrado con la demandada el día 24 de julio de 2007, aduciendo que las condiciones particulares y generales no definidas en el contrato quedaron remitidas al contrato marco de operaciones financieras o CMOF y que éste pese a ser un elemento esencial de las condiciones ni siquiera fue entregado a [redacted].

Asimismo aduce que hubo error en su patrocinado y dolo por parte del Banco ya que la oferta para formalizar este contrato se hizo por la entidad al hilo de la suscripción de un préstamo con garantía hipotecaria entre las partes y a raíz del cual se ofreció la permuta financiera como si se tratara de un producto que aseguraba y protegía a [redacted] de las variaciones al alza del Euribor, por lo que parecía atractivo dado el elevado endeudamiento de la sociedad con la demandada y la variabilidad de los tipos pactados en los préstamos y en esa creencia firmó la demandante.

Se señala que desde octubre de 2007 hasta enero de 2009, con excepción de un cargo en abril de 2008 se producen abonos por el banco y a partir de ahí todo son cargos. Considera la actora que la demandada no cumplió con la obligación de informar de forma clara y completa de las características de lo contratado y no entregó a [redacted] ningún documento, catálogo o folleto informativo, ni se le informó de las consecuencias futuras de este tipo de contrato, lo que le llevó a un error y en consecuencia su consentimiento está viciado lo que debe determinar la nulidad del contrato, puesto que [redacted] carece de conocimientos específicos sobre temas financieros y es una empresa minorista que no podía entender la complejidad de este contrato ni la realidad de los riesgos de la obligación concertada.

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

### **Pretensiones de la parte demandada.**

**SEGUNDO.-** La parte demandada alega entre otras cuestiones que el contrato suscrito no respondió a una operación puramente especulativa porque estaba vinculada a un préstamo hipotecario concedido a interés variable, que la caída de los tipos de interés era imprevisible puesto que mantuvieron al alza durante todo el año 2007 y hasta octubre de 2008 enmarcándose en una crisis financiera global, que el señor [redacted] no es un empresario minorista, que el Banco cumplió todas las obligaciones de información, no incumpliendo por el hecho de no entregar el contrato CMOF, ni el folleto ni la oferta vinculante puesto que no eran preceptivos ni fueron solicitados, en consecuencia no existe nulidad al no darse el elemento del error sino un desistimiento unilateral.

**En cuanto a la Determinación de los hechos no controvertidos y hechos probados**

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

Por la documental queda acreditado que el contrato se suscribe el 24 de julio de 2007 iniciando sus efectos el 25 de julio de 2007 con vencimiento el 25 de julio de 2012. El importe nominal de la operación son 2.500.000 euros, el Banco Español de crédito paga trimestralmente el último día del periodo de cálculo la cantidad correspondiente a la aplicación de un tipo variable establecido en el Euribor a tres meses, si es inferior o igual a una barrera, [redacted] paga la cantidad que corresponda a la aplicación de un tipo fijo, si es superior en cada periodo a la barrera aplicable se aplica al nominal el tipo variable menos un diferencial.

De ese contrato resultan unas liquidaciones practicadas con abonos y cargos (documentos 3 a 11 de la demanda).

Reconoce la actora y no niega la demandada que durante el periodo de concurso en el que siguió como administrador de [redacted] se fueron adeudando en las cuentas las liquidaciones del swap.

**En cuanto a la naturaleza del contrato.**

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

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1255 CC y 50 CComercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, solo y más simplemente, a liquidar

periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

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

**En cuanto a la información y documentación**

**QUINTO.**-Entrando ya en el análisis de la demanda, como argumentos se trae a colación las relaciones previas entre la actora y la demandada plasmadas en las diversas pólizas y créditos suscritos entre Y BANESTO Se alega por la actora que su conocimiento se extendió a suscribir un seguro para el caso de incremento de los tipos de interés, al momento de la concertación del préstamo hipotecario añadiendo que firmó ese contrato deprisa en la Notaría y como un trámite puesto que nunca fue entregado a la actora para su análisis documento alguno previo a la firma del mismo; La parte que interesa la nulidad en prueba de interrogatorio a través de su legal representante el Sr. reconoce que es una sociedad patrimonial que arrienda a

y a otras empresas y que en la patrimonial únicamente están su mujer y él. El Sr. manifiesta que la primera de las operaciones fue a firmar un préstamo hipotecario y allí le ofrecieron una especie de seguro que firmó deprisa en la confianza con su banco porque él no es financiero y lo único que había hecho con la banca eran pólizas, reconociendo que es cierto que con otro banco había contratado otro Swap. Declara que no tuvo presente que el plazo era de cinco años y que nunca había firmado tan a la ligera.

Ello lo viene a confirmar el legal representante de Banesto, pues la declaración de no puede ser tenida en cuenta ya que en el juicio manifestó que pese a haber firmado el contrato lo hace porque la firma es mancomunada, que no conoce los productos y que no proporcionó información al, el en prueba de interrogatorio declara que proporciono información oral y no escrita de los dos contratos, añadiendo que cree que era la información que necesitaba reconociendo que tampoco entregaron el contrato CMOF porque entiende que el cliente podía ir a la página del Banco de España para informarse y reconociendo que esto se lo explicó al legal representante de el día de la firma, contradiciéndose por ello al manifestar que se venía hablando del producto desde hacía días. El legal

representante de ... manifiesta que firmó deprisa en la Notaria confiando en el Banco, que no es financiero y que lo máximo que había firmado con la banca eran pólizas de crédito, insiste en que le dijeron que era un seguro de cambio y que se lo vendieron como un producto inofensivo, pero si le hubieran explicado el techo y el suelo no hubiera consentido en firmar. Respecto del préstamo hipotecario se habló y negoció mucho pero no paso igual con el Swap. No fue informado nunca de las consecuencias de la bajada de los tipos de interés ni de las consecuencias de la cancelación de dicho contrato. Dice que no le hicieron los números de la posible bajada de los tipos de interés y el Banco si lo tuvo en cuenta en el contrato. Asevera que nunca pidió el producto y que no sabe que era un CMOF, nunca supo que era un producto de altísimo riesgo. Se interesa la nulidad del contrato por engaño y consiguiente error en el consentimiento, consistente en hacer creer a la actora que el contrato garantizaba las contingencias que pudieran surgir por las subidas de los tipos de interés del préstamo hipotecario suscrito, y viene a afirmar falta de objeto al ofertar la demandada un producto financiero sin facilitar toda la información sobre sus características, riesgos, consecuencias en caso de bajadas de tipos de interés y de cancelación del contrato. El director financiero de ...

... que comparece como testigo propuesto por la actora, declara que pese a que en su tarjeta ponga que es director financiero de ..., en realidad es un contable que trata con bancos que tiene dos años de estudios de empresariales, señalando que no tiene ninguna relación con ..., que nunca pidió ni recibió información de los swaps de ... y que no estuvo físicamente en la firma de los contratos.

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

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

En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incursa 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 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 CC) cuando es dicho contratante quien, como aquí toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "*conocimiento de causa*", como dice el precitado 79 bis de la LMV.

El Banco demuestra un interés propio y no actúa como mero intermediario en una operación espejo. En banco contrató por iniciativa propia, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

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

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

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

En el presente caso, como ya se ha expuesto, las declaraciones del Sr. [redacted] legal representante de Banesto, la entidad donde se suscribió el contrato, revelan que la entidad bancaria no era ajena al propósito y finalidad que guiaba al actor al concertar el contrato litigioso, antes por el contrario, de sus manifestaciones lo que se desprende es que la entidad bancaria, ofrece un producto al actor dada su voluntad de contratar préstamo hipotecario y ante las fluctuaciones experimentadas por los tipos de interés y para conjurar unos efectos negativos excesivamente adversos (se entiende para el cliente), sin por ello abandonar el Banco su propio interés. Y a tal fin establece una barrera

porcentual y un tipo de referencia para su aplicación de forma que, en fin, el elemento aleatorio que pueda apreciarse en este tipo de contratos no debe, oponerse como óbice a la apreciación del posible error.

En cuanto a la existencia del error

**SEPTIMO.-** Debemos insistir en que el cliente del Banco es una sociedad patrimonial familiar, aunque pueda vincularse a una entidad dedicada a la adquisición y comercialización de suministros industriales de toda clase y que contaba con un director contable, pues no se han acreditado los conocimientos sobre finanzas del cliente, que dicha sociedad patrimonial buscaba con la contratación de las permutas de intereses protegerse frente a las fluctuaciones del mercado; que fue el Banco quien le ofreció el producto que elaboró y decidió presentándolo a la firma del cliente, quien se limitó a firmarlo, pues la información se limitó a la oral como dijo en juicio el Sr. [redacted] respecto de un contrato al que basta dar una lectura para apercibirse de su complejidad, lo que lleva a volver la vista hacia los descritos deberes de diligencia y transparencia que la normativa del mercado de valores exige de quien actúa en él y que colocaba al Banco en cierta posición de preeminencia frente al cliente, carente de la estructura que posee la entidad bancaria para valorar la oportunidad del cambio. **La posición del banco en la contratación es en este caso, absolutamente preeminente en cuanto a la información previa de que dispone, no solo sobre los productos, sino en cuanto a las posibles fluctuaciones del mercado y bajadas de tipos de interés.**

De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor). Esto lo explica con mucha claridad el perito [redacted]

[redacted] quien en juicio se ratifica en su dictamen y afirma que el swap no cumple la función de proteger el préstamo hipotecario, que los intereses del swap equivalen al doble de los del crédito, que como la barrera se sitúa en el 5,15% (poniendo el ejemplo de que el máximo en el año 2000 estuvo en un 5,14%) se sitúa en el punto más alto, ergo la tendencia tiene que ser a la baja, aclara que de la barrera para arriba no va a caer nada y en todo caso sería neutro pues el cliente no se beneficia.

Analizado este swap en concreto el perito afirma que parece que se ha definido (y lo ha hecho la entidad bancaria) un tipo fijo y una barrera que cae dentro de la zona de pagos pues la subida de tipos nunca superaría el 5%.

El perito señala que el Reglamento comunitario obliga a hacer tests que aquí no se han hecho, asevera que es imposible calcular la cancelación anticipada de un swap. El perito cree que los bancos debían tener información que el cliente no tenía respecto de la evolución de la economía.

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

De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final de las condiciones particulares concretamente en el apartado

aviso importante sobre el riesgo de la operación y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como 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 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. Solo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestos, satisface o no su interés.

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

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

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

Se dan así y, por tanto a juicio de esta Juzgadora, las condiciones del error propio invalidante del contrato a saber, como expone la STS de 26-6-2000: *"recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994 y 11 mayo 1998). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que 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)."*

En suma que se estima la demanda, en cuanto a la declaración de nulidad del negocio litigioso con la consecuente obligación restitutoria (art.1303 CC) que, de acuerdo con la mecánica propia del contrato podría resolverse, simplemente mediante liquidación, estableciendo un saldo final a favor de uno u otro

contratante.

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

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### FALLO

Que estimando íntegramente como desestimo la demanda formulada por . . . , representado por el Procurador de los Tribunales D. TERESA MARTI contra BANCO ESPAÑOL DE CREDITO representadas por el Procurador e los Tribunales Sr. JUAN GARCIA debo declarar y declaro la nulidad del contrato de cobertura de tipos de interés suscrito el 24 de julio de 2007 entre . . . y Banco Español de Credito con sus consecuentes efectos restitutorios.

Sin que proceda expreso pronunciamiento respecto de las costas.

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

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

**DILIGENCIA.-** La extiendo yo, la Secretario, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. Doy fe en San Feliu de Llobregat a 1 de junio de 2011