



att. Fernando Ruiz
-abogado-
JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2
GIJON

SENTENCIA: 00098/2010

Procedimiento:
Juicio Ordinario nº 1059/09

LUCIA ALONSO PRIETO
PROCURADORA
C/ Concejo de Caravia, N°2 - 2º B
33204 GIJON
Tif./Fax: 984190764 - Móvil: 650273923
E-mail: luciaalonsoprieto@telecable.es

14 JUL 2010

S E N T E N C I A

En Gijón, a 25 de Junio de 2010.

Vistos por D^a Ana Olivares Villegas, Juez sustituta del Juzgado de 1^a Instancia N^o 2 de Gijón, los autos de Juicio Ordinario n^o 1059/09 promovidos por D.

..., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Lucia Alonso Prieto y asistido por el Letrado D. Fernando Álvarez Alfayete; contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Secades Álvarez y asistida por la Letrada D^a Ana Pangua Menéndez.

En nombre de S.M. el Rey, y de acuerdo con los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se inician en virtud de escrito de demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales D^a Lucia Alonso Prieto, en nombre y representación de D. ..., en el que, en base a los hechos expuestos en el mismo, que en aras a la brevedad se dan aquí por reproducidos, y aduciendo los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, termina suplicando se dicte sentencia en los términos que consta en el suplico de la misma, con imposición de las costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se confirió traslado a la entidad demandada para comparecer y contestar, por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Secades Álvarez, en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., se presentó escrito de contestación a la demanda en el



PAO DE
URIAS

que en base a los hechos expuestos en el mismo, que en aras a la brevedad se dan aquí por reproducidos, y aduciendo los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, termina suplicando se dicte sentencia en los términos que consta en el suplico de la misma, con imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO.- El preceptivo acto de audiencia previa se ha celebrado para las finalidades que le son propias, y una vez las partes se afirmaron y ratificaron en sus respectivas pretensiones, y se practicaron los trámites previstos en los arts. 426, 427 y 428, siendo recibido el juicio a prueba, se propusieron como medios probatorios los consistentes en documental, interrogatorio y testifical, practicándose los que fueron admitidos, y no fueron objeto de renuncia, en el acto del juicio celebrado en la fecha señalada con el resultado que obra en autos, acto en el que las partes litigantes formularon sus respectivas conclusiones finales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se promueven por D. ABEL EDUARDO TOYOS MADRUGA para que se declare la nulidad del contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("IRS") que suscribió con la entidad demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL en fecha 27-09-2007, alegando, en síntesis, falta de consentimiento válido por error invalidante al firmar dicho contrato a causa de la deficiente información facilitada por los empleados de la sucursal bancaria a la que acudió solicitando oferta de contrato para protegerse del riesgo que le suponía la subida constante del tipo de interés del préstamo hipotecario que le obligaba, junto con su pareja D^a CRISTINA MARCOS CIENFUEGOS, con la misma entidad bancaria.

Expone D. ABEL EDUARDO en fundamento de su pretensión que él y D^a CRISTINA, en fecha 26-12-2006, compraron la vivienda, -con trastero y plaza de garaje-, en la que residen por el precio conjunto de € para cuyo pago se subrogaron en el préstamo con garantía hipotecaria a favor de BANCO POPULAR ESPAÑOL que gravaba la vivienda, a interés variable, por un principal de €, suscribiendo el mismo día con BANCO POPULAR ESPAÑOL contrato de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario por) €, de manera que el principal del préstamo ascendió a €. Asimismo, que ante la preocupación de no poder hacer frente a las cuotas mensuales de devolución del préstamo hipotecario por la subida de los tipos de interés se puso en contacto con el Banco requiriendo contratar un seguro que limitara el riesgo por dicha subida, elaborando el Banco el contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés -IRS- que firma en fecha 27-09-2007, sin haberlo firmado la otra prestataria, D^a , en la creencia de que se trataba de un contrato de seguro que era lo que él pretendía,

comprobando que el contrato firmado no tiene nada que ver con el pretendido con ocasión de practicarse liquidación en fecha 12-12-2008 por importe de 60,71 € que le fue cargado en su cuenta, tratándose de un producto financiero de alto riesgo, siendo posibles liquidaciones en su contra. En el acto de la audiencia previa se aportó justificante del cargo en su cuenta de la siguiente liquidación realizada en fecha 14-12-2009 por importe de 2.381,01 €.

El actor denuncia que dicho contrato, cuya nulidad se pretende, es un contrato típico de adhesión en el que ninguna de sus cláusulas fue objeto de negociación, sin que por parte de la entidad bancaria se le hubiera explicado ni su operativa ni la aplicación práctica del mismo, infringiendo el Banco lo dispuesto en el art. 5.3 del Anexo del RD 629/1993, de 3 mayo, aunque también se cita como infringida la normativa prevista en la Directiva 2004/39 C.E. relativa a Mercados de Instrumentos Financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76 CE y el Reglamento 1287/2006.

SEGUNDO.- BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., se ha opuesto a la pretensión de declaración de nulidad pretendida de contrario sosteniendo la plena validez del contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("IRS") suscrito en fecha 27-09-2007 con el actor. A este respecto explica que D. ABEL EDUARDO solicitó, como dice en su escrito de demanda, suscribir un contrato por el que pudiera limitar el riesgo de subidas de tipo de interés a aplicar en el préstamo hipotecario de que es titular, y que eso es lo que efectivamente tiene contratado porque el contrato suscrito le proporciona el efecto que asevera el demandante que quería obtener: tener limitado y atenuado el riesgo de la subidas de interés aplicable a dicho préstamo.

BANCO POPULAR ESPAÑOL, en orden a desacreditar la afirmación de contrario sobre error padecido sobre el tipo de contrato suscrito, y corroborar su versión de que el actor firmó con pleno conocimiento del contrato, refiere, en síntesis, que en él no aparece mención alguna de la que se deduzca que se está contratando un seguro, además de que ni siquiera se ha producido el devengo y pago de ninguna prima, elemento fundamental del contrato de seguro. Asimismo, tras aludir al funcionamiento del contrato litigioso, cuestiona la afirmación de contrario sobre la falta de explicación de su operativa por parte del Banco, refiriendo que por parte del Banco se dio cumplimiento a la obligación de transparencia e información, que, a su entender, queda patente en el texto del propio contrato: en lugar especialmente visible del documento, en el recuadro denominado "condiciones particulares", además de aparecer los tipos fijo y variables que se aplican, en el apartado 2º se señala la periodicidad de las liquidaciones, y en el 3º se ofrece una información al cliente sobre la negociación de derivados que es preceptiva en este tipo de

productos, informando al cliente de que la contratación de derivados conlleva una serie de riesgos de tipo financieros inherentes a la misma, ello a pesar de que cuando se firma el contrato todavía no había entrado en vigor la normativa comunitaria que se cita en la demanda, el 1-12-2007.

En suma, entiende BANCO POPULAR ESPAÑOL que no cabe hablar ningún tipo de error sino simplemente de expectativas defraudadas, no porque el producto sea defectuoso, ya que sirve objetivamente para cubrir el riesgo de subida de interés, sino, simplemente, porque las premisas de subida continua de tipos no se ha materializado, e invocando la doctrina de los actos propios y el principio de la autonomía de la voluntad, art. 1255 del CC, concluye que la asunción del concepto y contenido del contrato que el actor tenía cuando lo suscribió (escenario de constantes subidas de los tipos de interés) es el que debe imperar a lo largo de su vigencia, y el cambio de circunstancias que sean del orden que sean no debe servir de base para modificar lo pactado entre ambas partes.

TERCERO.- Vistos los términos del debate, versando la presente litis sobre la validez del contrato litigioso que se ha cuestionado por falta de consentimiento válido prestado por el actor, precisar que de conformidad con lo dispuesto en el art. 1261 del Código Civil, junto con el objeto y la causa, el consentimiento es uno de los presupuestos esenciales de todo contrato, determinando la falta de cualquiera de ellos su nulidad radical o absoluta, o, en otros términos, la inexistencia del mismo. Citar al respecto la **STS de fecha 6-09-2006:**

"Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC en el negocio jurídico controvertido estamos, pues, en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho (STS de 10 de abril de 2001), equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente".

El consentimiento, que "se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, -art. 1262 del Código Civil-, debe ser válido y lo será cuando se presta sin padecer error, sin violencia o intimidación y sin dolo, -art. 1265 el Código Civil a sensu contrario-. Se entiende que el consentimiento se presta con error cuando no se tiene plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello que constituye su objeto o sobre condiciones esenciales del mismo. Como dice el art 1266 del mismo texto legal, "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer

sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". En términos de la **STS de fecha 17-07-2006**:

"Ante todo hay que decir que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005)".

Por lo que se refiere a la clase y naturaleza del contrato sobre el que versa el litigio, el suscrito por las partes litigantes en fecha 27-09-2007 como contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("IRS") y el deber de prestar información adecuada que incumbe a la entidad bancaria/financiera, en términos de la **SAP Asturias, secc 5ª, de fecha 27-01-2010**, -que resuelve controversia similar a la de autos en relación al mismo tipo de contrato, también de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL-:

"**TERCERO.**- ... Nos hallamos ante el conocido en la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de tipos de interés (en terminología anglosajona SWAP). Es un contrato atípico, pero lícito al amparo de del art. 1255 del CC y 50 del C. de Comercio, importado del sistema 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, 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".

QUINTO.- El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.). Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3). Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos

objetivos (art.79, bis 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 ."

También se pronuncia sobre el deber de información que incumbe a las entidades bancarias en el ámbito de los contratos bancarios, a nuestro entender, con argumentos sólidos que son aplicables al caso de autos, la **SJPI nº 6 de Gijón de fecha 21-01-2010**, en los términos que se pasan a exponer:

"La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que

firmar" que se había instalado en este ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios". En este sentido, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 13-11-2008, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección, tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. Desde esta perspectiva, importa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato litigioso, anterior, por tanto, a la reforma introducida por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, tras declarar en su art. 2.b) incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no, ya establecía en el art. 78.1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía, y en el art. 79.1, apartados a), c) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuese propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados. En desarrollo de tales previsiones legislativas, el RD 629/1993, de 3 de mayo, a la sazón también vigente cuando se celebró el contrato objeto de este pleito, establecía en su art. 16 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de la operación, debiendo además informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, e incorporaba como Anexo un Código general de conducta en los mercados de valores en el que se establecía la obligación de las entidades de solicitar se sus clientes la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (art. 4.1) la obligación de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, precisando además 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, y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (art. 5, apartados 1 y 3). Todo ello ha permitido al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, aunque referido a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establecer el criterio que expresa su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la del año 2008 (páginas 116 y 117 y 135 y 136, respectivamente, que pueden consultarse en su página web) de que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias. A ese deber de información en la fase precontractual se refiere también la SAP Jaén (Secc. 3ª) 27-3-2009, destacando al efecto que la tendencia del legislador ha sido, si cabe, más proteccionista de la clientela y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras, y señala que los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos. Y así lo entiende también el citado Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en un informe de fecha 24-6-2009 (documento nº 12 aportado por la demandante con su contestación a la reconvencción), y tratándose igualmente de una permuta financiera, bien que vinculada a la cobertura del riesgo de interés de un préstamo hipotecario, lo que -dicho sea de paso- le otorgaba un carácter no especulativo, a diferencia de lo que sucede en este caso como después se verá, advierte, no sólo que se trata de un producto cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, indicando sus características principales sin omisiones significativas, sino también de que entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que, en determinadas circunstancias, pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes de su vencimiento, entendiéndose por ello que las entidades que diseñan y ofrecen esos productos a la clientela deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada".

CUARTO.- En el caso de autos, previo examen y valoración conjunta de la prueba practicada, en particular la testifical de los empleados de la entidad bancaria demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, D. IGNACIO CORBI CANALES y D. ALFONSO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, que intervinieron en la suscripción del contrato

litigioso, en representación de dicha entidad, queda corroborada la versión del actor en cuanto a que la firma de dicho contrato con la demandada vino determinada por su preocupación por la tendencia alcista desde hacía tiempo de los tipos de interés (euribor) del préstamo hipotecario que, junto a su pareja, le vinculaba con la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, con la clara intención de protegerse del riesgo que le suponía dicha tendencia, lógicamente, para poder seguir cumpliendo con las obligaciones de pago asumidas en dicho préstamo hipotecario que grava el inmueble que es su domicilio. El testigo Sr. CORBI CANALES ha admitido que el actor era una persona preocupada por la evolución de los tipos de interés de su préstamo hipotecario porque, según manifestaciones del mismo testigo: *"el euribor llevaba subiendo dos o tres años, la evolución de los tipos era al alza, y, si, vino a la oficina preocupado por la evolución de los tipos de interés; de su hipoteca, lógicamente, que es lo que le afecta; ... se trataba de cubrir esta necesidad"*. Dicho testigo ha admitido que ante dicha preocupación del actor es cuando se le ofrece la posibilidad de firmar un contrato como el litigioso que constituye un "producto derivado".

Por tanto, es perfectamente creíble la versión del actor de que acudió a la entidad bancaria solicitando un seguro para minimizar dicho riesgo, debiendo determinarse si antes de firmar el contrato litigioso que la entidad bancaria le propuso ésta le facilitó la información adecuada para saber que no se trataba propiamente de un contrato de seguro y que tenía una vertiente especulativa que le podía suponer un coste económico en orden a que pudiera valorar si le convenía el producto que se le proponía en función de sus posibilidades económicas.

Visto el tenor del contrato se comprueba que no se trata de un contrato de seguro propiamente dicho pero debe tenerse en cuenta que el único motivo para que el actor suscribiera el contrato litigioso, conocido por la entidad demandada, fue su preocupación de conseguir cobertura/aseguramiento frente a un riesgo determinado como era la subida de los tipos de interés en su préstamo hipotecario de ahí que también sea creíble su alegación de que firmó en la creencia de que firmaba un contrato de seguro. Tiene razón la demandada cuando afirma que el contrato litigioso cubría la finalidad de aseguramiento buscada por el actor, claro está, en caso de haberse mantenido la situación del mercado con tipos de interés al alza como la que existía al tiempo de la firma de dicho contrato, pero el mismo tiene una vertiente especulativa que debió ser explicada convenientemente al actor como cliente del Banco, lo que niega el actor.

Es esencial por tanto para determinar la validez del consentimiento prestado por el actor al firmar el contrato litigioso si el Banco le ofreció previamente la información

adecuada para que pudiera comprender el funcionamiento del "producto derivado" que contrató y en todas sus vertientes, incluida la especulativa y, en concreto, las consecuencias económicas que debería soportar en caso de que cambiase a la baja la evolución de los tipos de interés, como así ocurrió al poco tiempo de suscribir el contrato, de ahí la primera liquidación en su contra por importe de 60,71 €, suponiéndole la segunda el pago de 2.381,01 €. A nuestro entender es insuficiente por si sola la advertencia genérica que aparece en la condición particular 3ª del contrato máxime cuando el cliente es una persona que carece de especiales conocimientos sobre el mercado financiero, circunstancia que creemos concurre en el caso del actor. El Banco debió explicar el contrato con simulaciones contemplando situaciones hipotéticas, permítasenos la expresión, "adversas" para el cliente por bajada de los tipos de interés, situándose por debajo del tipo de interés fijo que iba a aparecer como fijo en el contrato (-"dado por la máquina" del Banco, en términos del Sr. CORBI CANALES-), y, además, contemplando la capacidad económica del cliente en relación a las obligaciones de pago asumidas en el préstamo hipotecario que se pretendía "asegurar" porque, como hemos dicho, los empleados del Banco que ofertaron el producto sabían que la preocupación del actor era poder seguir pagando dicho préstamo. El Sr. CORBI CANALES dice que se hicieron tales simulaciones, pero se trata de una mera manifestación sin refrendo probatorio alguno, además de entenderse comprometida la objetividad de su declaración por razones obvias. De haberse realizado debieron ser firmadas por el cliente al que se le debió entregar una copia, y, desde luego el Banco debió conservar otra, y nada de esto consta.

Lo que si consta acreditado es que ni el Sr. CORBI CANALES ni el Sr. ÁLVAREZ HERNÁNDEZ que firmaron el contrato litigioso en representación del Banco, tenían un conocimiento adecuado de cómo funcionaba el contrato litigioso, y no lo podían tener por la sencilla razón de que desconocían algunos, de los conceptos básicos para su dinámica y que aparecen mencionados en el mismo tenor del contrato litigioso. Así, el Sr. CORBI, el empleado de la demandada que habría explicado al actor el contrato, a preguntas del letrado del actor, ha admitido desconocer que era el "calendario TARGET publicado por el Banco Central Europeo". El Sr. ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, también a preguntas del mismo letrado, ha afirmado con rotundidad que se trataba de un contrato para él sencillo para después admitir que desconocía lo que era el "interés notional" o el "calendario TARGET", lo que evidencia, en el caso de autos, la grave negligencia por parte de la entidad bancaria demandada de ofertar productos financieros a través de empleados que no han sido formados convenientemente, y que, a su vez, evidencia que su operativa no es tan sencilla como parece.

En definitiva, cabe concluir que la entidad bancaria demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL, no puso a disposición del

actor la información necesaria para que éste último pudiera comprender la operación/producto ofertada, infringiendo por tanto las obligaciones de información que le incumbía en los términos previstos en el art. 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, vigente al tiempo de la firma, lo que permite admitir la denuncia por parte del actor de que su consentimiento al tiempo de suscribir el contrato litigioso de adhesión que le ofertó la demandada estaba viciado a causa de no haber dispuesto de la necesaria información, error invalidante que determina la procedencia de declarar la nulidad radical o absoluta de dicho contrato con la lógica consecuencia de que BANCO POPULAR ESPAÑOL deberá devolver a D. _____ las sumas dinerarias cargadas contra su cuenta a causa de las liquidaciones practicadas en el ámbito de dicho contrato

QUINTO.- La estimación de la demanda determina, conforme al principio de vencimiento objetivo consagrado en el art. 394 de la LEC, la imposición de las costas a la parte demandada.

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

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Lucia Alonso Prieto, en nombre y representación de D. _____; frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., se declara la nulidad del contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés suscrito por las partes litigantes en fecha 27-09-2007, condenando a la entidad demandada a devolver al actor la cantidades resultantes de las liquidaciones efectuadas y cargadas en su cuenta. Las costas se imponen a la parte demandada.

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE APELACIÓN**, que se preparará en este Juzgado mediante escrito que se presentará dentro del plazo de cinco días contados desde el día siguiente a su notificación en los términos previstos en el art. 457.2 de la LEC. La admisión del recurso precisará que al prepararse se haya consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado (3285) depósito por importe de 50 € (indicando código -"02"-, tipo de recurso e importe) en los términos previstos en la L.O. 1/2009, de 3 de Noviembre.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en 1^a instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Se hace pública la anterior sentencia una vez se ha hecho entrega de la misma, y tras su trascripción y anotación en los libros correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 204.3 de la LEC. Doy fe.