



JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION N.1
NEGREIRA

SENTENCIA: 00165/2010

Juicio ordinario 107/2010

COLEXIO PROCURADORES
RECEPCIÓN
25 NOV 2010
Artículo 151.2
NOTIFICACIÓN
26 NOV 2010
L.E.C. 1/2000

S E N T E N C I A

Negreira, 18 de noviembre de 2010

ANA RODRÍGUEZ PIORNO, jueza del Juzgado de Primera Instancia Único de Negreira, dictó la presente resolución en los autos de Juicio Ordinario 107/2010 seguidos por este juzgado, en el que actuó como demandante [REDACTED] S.L., comparecida a través de [REDACTED] LÓPEZ y de DANIEL [REDACTED], con la representación procesal del procurador Sr. Calviño Gómez, bajo la dirección letrada del Sr. Pérez Barreiro, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (anteriormente BANCO DE GALICIA, S.A.), con la representación procesal de la procuradora Sra. Caamaño Castiñeira, bajo la dirección letrada de la Sra. Cadenas Ruíz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de marzo de este año fue presentada en este juzgado de primera instancia demanda de juicio ordinario por parte del procurador Sr. Calviño Gómez, actuando en nombre y representación de [REDACTED] S.L., contra la entidad demandada referida en el encabezamiento de la presente resolución, en la cual, después de la exposición de los hechos y de los fundamentos de derecho que se estimaron oportunos, se interesaba la declaración de nulidad de los contratos de permuta financiera de tipo de interés (IRS) suscritos con la entidad bancaria demandada, condenado a ésta al pago de la cantidad de 346,29 euros, además de a las sumas de cargo con base en las mencionadas operaciones, previa deducción de las que, en su caso, le hubieran sido abonadas a la entidad actora, junto con sus intereses legales, y ello con condena en costas a la entidad demandada; subsidiariamente, formula petición de resolución con idéntica pretensión resarcitoria.

SEGUNDO.- Mediante auto de 12 de marzo, se admitió a trámite la demanda y se acordó dar traslado a la entidad demandada por el plazo de 20 días hábiles.

Cumplimentado el trámite de contestación a la demanda por parte de la referida el día 21 de abril, por lo tanto, dentro del plazo establecido al efecto por la ley, se la tuvo por comparecida y, mediante providencia de 6 de mayo, se citó a las partes para el día 12 de julio con el fin de celebrar el acto de audiencia previa al juicio.

TERCERO.- Llegada la fecha prevista, tuvo lugar la realización de la misma con la comparecencia de las partes y, habiendo manifestado éstas la subsistencia de la controversia, se propusieron la pruebas que se consideraron oportunas, declarándose pertinentes las que se estimaron útiles para la resolución del litigio.

Realizado, finalmente, el acto de juicio el pasado día 4 de octubre, una vez practicadas las pruebas propuestas y declaradas pertinentes con el resultado que es de ver en autos y formuladas las conclusiones, quedaron, a continuación, los mismos, mediante diligencia de ordenación de 15 de octubre, conclusos para resolver.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se observaron todas y cada una de las prescripciones de legal y pertinente aplicación, incluido el plazo para dictar sentencia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

PRIMERO.- La parte actora formula la pretensión que marca el inicio de las presentes actuaciones a partir de un supuesto fáctico muy concreto y que, en esencia, es el siguiente:

La entidad mercantil [REDACTED] S.L. ha venido siendo cliente del Banco demandado desde su constitución en el año 1998, teniendo concertados, en la fecha de la que data la formalización de los productos financieros cuya viabilidad se discute a través de este procedimiento, 3 contratos de leasing y uno de préstamo hipotecario con dicha entidad. El director de la misma en la sucursal de esta localidad de Negreira ofreció hasta en 2 ocasiones a la citada empresa, a través de su administrador [REDACTED] LÓPEZ, un producto que, según se deduce de las explicaciones vertidas en el acto del juicio por el primero, resultó ser una permuta financiera de tipos de interés (SWAP de tipos de interés), dirigido a proporcionar cobertura al cliente en el supuesto de bajada de los tipos de interés, operando, de esta manera, como una suerte de seguro de las operaciones financieras en vigor. A partir de dicha oferta, desde la mercantil [REDACTED] S.L. se firmaron dos contratos de permuta financiera por importe de 340.000 y de 500.000 euros, respectivamente. La única liquidación anual llevada a cabo hasta el momento de la presentación del escrito rector de estos autos lo fue el día 15 de junio de 2009 por el contrato de IRS con nominal de 245.000 euros por importe de 346,29 euros a favor del Banco, habiendo sido informados los representantes de la entidad actora de que tal movimiento, así como el resto de los pendientes por ambos productos financieros, bastante más cuantiosos, por cierto, debe atribuirse a la propia esencia del contrato y a la bajada de los tipos de interés. Es por ello que desde la entidad actora se pretende la declaración de nulidad de los contratos mencionados, y ello apelando a la ausencia de una correcta información acerca de las consecuencias de la suscripción de los mismos, así como de los riesgos que se asumían al contratar.

Frete a la pretensión actora, la entidad bancaria por su parte, peticona la desestimación de la demanda, y ello en atención a la circunstancia de que, no estando afectados los contratos por ningún vicio, resultan perfectamente válidos en sus concretos términos desde el momento en el que concurre en ellos el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones de pertinente observancia por el Banco para las operaciones del corte de las que nos ocupan.

Ahora bien, detrás de los sencillos términos de la exposición antedicha existen determinaciones mucho más complejas.

Así, la pretensión actora de nulidad de los contratos mencionados se centra en los siguientes datos:

Ante todo, resulta denominador común para los contratos suscritos desde la entidad actora el engaño o, si se quiere, el intencionado equívoco del que habrían sido víctimas los representantes de la misma con amparo en la indudable confianza que, con carácter general, los clientes de un banco depositan en la persona con quien firman sus préstamos y demás operaciones financieras, de tal manera que, sin ser conscientes del contenido y de los efectos de los documentos que firmaban, habrían llegado a suscribir con la demandada sendos contratos bancarios cuyo altísimo riesgo económico, absolutamente desconocido, por lo demás, para ellos, era, realmente, susceptible de generar serias pérdidas de dinero sin que jamás hubieran tenido los suscriptores la más mínima intención de poner en riesgo un capital que ni siquiera consta que tuvieran. Y es la realidad que estos contratos, partiendo de la fijación de una determinada cantidad sobre la que periódicamente se aplican unos tipos de interés mínimos y máximos según las fluctuaciones del mercado, pueden arrojar liquidaciones a favor o en contra de una de las partes, y eso que la cantidad que se fijaba en los contratos era ficticia, ya que el cliente no disponía de ella, siendo, curiosamente, la única liquidación que consta en favor de la cliente, en este caso, poco cuantiosa y las previsibles favorables a la demandada,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

en cambio, altísimas, y ello sin que la cliente, encima, pueda tener la opción de cancelar el contrato sin abonar previamente un precio de fijación absolutamente unilateral por el Banco y que no figuraba en los contratos, pues no había sido objeto de pacto ni siquiera en las bases de su determinación. Con ello, los clientes del Banco, lejos de verse favorecidos en su cuota mensual hipotecaria o crediticia por el descenso de los tipos de interés, ahora verían incrementada la misma en un porcentaje desorbitado, enfrentándose a unos pagos que, en ningún caso, ni habían previsto, ni habían podido prever. Pero es que, es más, si los tipos de interés se hubieran mantenido altos, los clientes habrían percibido cantidades insignificantes si las comparamos con las previsiones para la entidad bancaria, sin que nunca se les hubiera advertido de que los contratos suscritos podían suponerles una pérdida de dinero, como tampoco se puso en su conocimiento, en ningún momento, que la cancelación de los contratos les pudiera suponer un desembolso.

En conclusión, que los contratos suscritos desde la entidad actora vendrían caracterizados por una flagrante falta de información, puesto que no habría existido ningún tipo de asesoramiento veraz sobre el verdadero objeto y sobre la causa contractual, constituyendo, por lo tanto, un hecho incuestionable, el incumplimiento en el que habría incurrido la demandada, que no realizó el test de idoneidad exigible, respecto de sus obligaciones de ofrecer y de facilitar información suficiente y veraz sobre el contenido y los efectos de los productos cuya contratación pretende. De la misma manera, es claro el desequilibrio de las contraprestaciones desde el momento en que en los contratos marco o condiciones generales de este tipo de negocios, en ningún momento, se fija, con la necesaria concreción y claridad, que el cliente puede perder dinero, que los contratos en cuestión tengan coste económico para él, ni que su cancelación pueda suponer un desembolso económico. En este sentido, no se puede obviar el dato de que no existe precio de cancelación contractual pero, sin embargo, sí se exige su pago, es decir, que se está exigiendo un precio de cancelación calculado unilateralmente por la demandada que, en realidad, resulta equivalente al coste económico que los contratos tendrían para el cliente de mantenerlo vigente hasta la fecha de su finalización, lo que, lógicamente, viene a asemejarse enormemente a un precio de cancelación, ya el Banco no viene sino a petitionar que se le anticipe su beneficio previsto. Por lo demás, con relación a las condiciones particulares de cada contrato, destaca un tope máximo para el incremento del tipo de interés, con ausencia absoluta de tope para el descenso del mismo.

De acuerdo con las afirmaciones antedichas se postula la nulidad de los citados contratos por vicio en el consentimiento, indeterminación del objeto e inexistencia de causa, destacando, en cualquier caso, la absoluta falta de información sobre la esencia del contrato y la ausencia de las necesarias referencias expresas contractuales respecto de los verdaderos riesgos que se corren con su aceptación, así como la falta de vinculación con los contratos a los que proporcionaba cobertura.

SEGUNDO.- Pues bien, sentado lo anterior y por lo que hace, en concreto, al supuesto sometido a la consideración de esta juzgadora, es lo cierto que los contratos celebrados entre los litigantes cuya nulidad se postula responden a la naturaleza jurídica de lo que se denomina CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS (IRS), es decir, que en su base subyace un contrato SWAP, cuya finalidad sería la de optimizar la gestión de los riesgos financieros a los que se ve expuesto el cliente, siendo el de referencia un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí, periódicamente y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (importe notional), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de partida.

Este tipo de contratos, no negociados en mercados organizados, sirven para protegerse de las fluctuaciones causadas por distintos tipos de riesgos financieros (en este caso, interés), y aunque pueden aparecer vinculados a otras operaciones de pasivo (préstamo o crédito), también



pueden nacer como contratos autónomos, sin estar vinculados necesariamente a la protección de los riesgos financieros, por ejemplo, especulando en mercados muy volátiles, pero asumiendo, en este caso, los riesgos del uso de tales derivados. La ausencia de negociación hace que para su valoración deba acudir a métodos internos, y, así, tradicionalmente, el valor de una permuta financiera de intereses se ha obtenido actualizando los flujos netos de caja esperados a los tipos vigentes en el mercado en cada momento, lo que supone, en el caso de los flujos variables, en los que resulta imposible conocer con certeza los valores que tomarán periódicamente los tipos de interés variable objeto del acuerdo, que su cuantía se desconoce hasta que se alcanza la fecha de fijación de los intereses, siendo, por ello, de la misma manera, incierto su valor actual. Tales características, dotan al producto de un carácter especulativo que conlleva un riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente, en función de la variación del tipo de interés al alza o a la baja, insistiendo que se trata de un producto de alto riesgo porque no se conoce la evolución del mercado, y que, por su propia naturaleza, estas operaciones revisten un carácter complejo.

TERCERO.- Y, partiendo de estas premisas, es decir, teniendo absolutamente claro el carácter de los productos financieros de alto riesgo, como los que nos ocupan, así como su ubicación en el mercado, ni que decir tiene que, en el sector bancario en el que se mueven los contratos objeto del presente pleito, el Código civil sigue siendo el que nos ofrece las pautas básicas en relación con los requisitos que deben concurrir en la formación de un contrato, a través del clásico contenido del artículo 1261, que exige el consentimiento de los contratantes, 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, como requisito esencial del mismo. De esta manera, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es, pues, el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo. Esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige, por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y, además, un conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y, es más, de las consecuencias que ello supone. Por lo demás, 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 absolutamente convencido de que los términos en los que éste se concreta responden a su voluntad negocial y de que 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 solamente 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 sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de noviembre de 2008, 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 concreta perspectiva, resulta, ciertamente, ilustrativo traer a colación la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que, tras declarar 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 la que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no, ya establecía 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 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.

A ese deber de información en la fase precontractual se refiere también la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaen de 27 de marzo de 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 Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en un informe de 24 de junio de 2009, tratándose de una permuta financiera vinculada a la cobertura del riesgo de interés de un préstamo hipotecario, advierte, no sólo que se trata de un producto cuya configuración alcanza tal 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.

Y, a propósito del error como vicio del consentimiento, el artículo 1266 del Código civil exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa que hubiera sido objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la jurisprudencia viene señalando, de forma constante y reiterada, que, no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito, este último, que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales, una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que, en absoluto, puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2007).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no solamente las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando, entonces, la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y de las condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en los que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia, además, teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto y, por el contrario, la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto, siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Pues bien, teniendo en cuenta, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que algunos autores señalan, en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual 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 perfectamente lógico por cuanto que, desde la perspectiva de estos últimos, se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, en el presente caso resulta patente que la demandada no cumplió con tal exigencia y no informó al contratante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y sobre el significado y el alcance de sus cláusulas. A este respecto, resultan, cuando menos, llamativas, por decir algo, las confusas, y hasta absurdas explicaciones, en algún momento, proporcionadas en el acto de juicio por el único testigo que depuso desde la entidad demandada, el Sr. Liñares Insua, quien, para ser la persona que desde el Banco informó de la contratación de estos productos financieros de alto riesgo, paradójicamente, dio la apariencia de encontrarse, sin embargo, bastante desinformado, pues, tras aseverar que informó verbalmente a [REDACTED] LÓPEZ de las implicaciones de los productos que contrataba, reconoció, sin embargo, que no le explicó "lo que podía pasar" y que no se hizo al mismo test de idoneidad alguno, manifestando que, si bien el producto en cuestión no tiene coste de cancelación, es cierto que la misma pasa por el abono de lo que denominó "el importe de la variación de los tipos de interés", para concluir, cayendo en el colmo de la contradicción, que se contrató el producto en base al préstamo concertado, aun cuando destacó, sin ambages, que, en la actualidad, no existe la hipoteca pero, sin embargo, sigue existiendo el contrato de referencia. Por lo demás, resulta absolutamente incalificable que el Banco, que contrata a diestro y siniestro este tipo de productos, no hubiera presentado otra persona que se hubiera explicado con claridad acerca de las condiciones del negocio ofrecido a sus clientes, porque, por no explicar, ni siquiera explicó el mencionado en qué consistía el hecho de ser agente del Banco, cualidad que atribuyó a ANÍBAL ROMERO LÓPEZ, sin que sea de recibo que, en atención a esta circunstancia, pretenda hacer ver que aquél tenía que conocer los términos de un producto complejo como el que nos ocupa y su alcance cuando él mismo, director de la sucursal de la entidad en Negreira, demostró conocerlo más bien poco.

En definitiva, que, en ausencia de esa necesaria información completa y detallada sobre el producto que se contrataba, que, según el propio Banco, constituía una cobertura de tipos de interés cuya finalidad era estabilizar los costes financieros del cliente, llegado el momento de la firma, es razonable entender que quien suscribió el contrato no se parase a leer con detenimiento el documento que se le presentaba, prestando más atención, a las explicaciones



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

que se le daban que al texto impreso, sobre todo cuando, como expresó hasta la sociedad [REDACTED] LÓPEZ se le dijo que "era para que pagase siempre la misma cantidad", una explicación que concuerda perfectamente con el término "seguro" que afirma que empleó el director de la sucursal para referirse al producto que estaba vendiendo. Si a ello se añade que no consta que éste contase con especiales conocimientos en materia financiera, tratándose de un producto que, por más que se haya generalizado durante estos últimos años, sobre todo asociado a operaciones de préstamo hipotecario a interés variable, sigue resultando extraño para los no iniciados a la hora de valorar el verdadero significado de lo que representa el intercambio en el pago de intereses con una entidad bancaria, se comprenden fácilmente las dificultades para entenderlo y que llegase a la conclusión equivocada de que el producto contratado le aseguraba frente a la subida de intereses pero sin que ello supusiera asumir por su parte ningún riesgo.

En fin, que de todo lo expuesto no cabe sino concluir que, en defecto de una información correcta y adecuada sobre las características de una permuta financiera de tipos de interés que la demandada estaba obligada a proporcionar a quien contrataba en nombre de la entidad actora, cuando la parte demandante prestó su consentimiento para la celebración del contrato lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba, sin conocer las implicaciones del producto que contrataba y del verdadero riesgo que asumía, ya que su único interés consistía en disponer de un instrumento de cobertura que le asegurase frente a un elevado de pago de intereses, habiendo incurrido, por lo tanto, en un error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

La cuestión que se plantea entonces es la de determinar si dicho error es o no excusable.

A este respecto, atendidos los criterios anteriormente señalados para apreciar la excusabilidad del error, debe tenerse en cuenta el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes, por un lado, la demandada, como comerciante experta que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y a asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y, por otro, la mercantil demandante, una pequeña empresa, que no consta que cuente con un personal cualificado con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que representa un producto financiero de alto riesgo, y a la que tampoco cabe atribuir la conducta cuasifraudulenta que le imputa la demandada al decir que no advirtió el presunto error hasta que se produjo la primera liquidación negativa. Bien es verdad que en las condiciones generales del contrato se expone que los instrumentos financieros que el cliente suscribe conllevan un cierto grado de riesgo. Sin embargo, ese riesgo no aparece debidamente especificado al referirse a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, que el cliente no tenía por qué conocer y que tampoco le fueron convenientemente explicados. Es más, no se especifica debidamente que, si la evolución de esos tipos es contraria a la esperada o se produce cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados (que tampoco se especifican), se pueda reducir e, incluso, anular el beneficio económico esperado por el cliente, es decir, que éste no llegue a obtener ningún beneficio, y, mucho menos, que pueda sufrir pérdidas. En efecto, es cierto que la 3ª de las cláusulas particulares de ambos contratos hace referencia a la circunstancia de que el cliente, en efecto, puede tener que pagar una cantidad, bien de liquidación periódica, bien en el momento de la cancelación, como también lo es que en las condiciones generales se hace referencia a que el producto implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones que implicarán para el comprador el pago de "la cantidad fija", pero, lejos de explicar en qué consiste ésta, se hace referencia a una serie de explicaciones farragosas que, ni por la más forzada interpretación de sus términos, aclaran aquel concepto, más bien todo lo contrario, amén de omitir cualquier referencia al hecho de que al finalizar la vigencia del contrato el cliente pudiera verse perjudicado teniendo que arrostrar importantes pérdidas económicas. Es más, tal y como lo explicó el testigo, Sr. Linares Insua, el riesgo que el Banco asume frente al cliente lo traslada al mercado, de manera que si el cliente gana también lo hace el Banco,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

pero si pierde es aquél el único perjudicado al contraer una deuda con el Banco, que obtiene, en cualquier caso, un beneficio a través de la comisión que percibe acudiendo al mercado mayorista. La cláusula cuarta de las condiciones generales otorga al cliente la facultad de cancelar anticipadamente el producto previa observancia de un plazo de 15 días de preaviso y, si bien alude a la repercusión al cliente "del importe que resulte de los cálculos que se tengan que efectuar para llevar a cabo la cancelación anticipada", nos encontramos ante una fórmula absolutamente abierta, altamente imprecisa e indeterminada que no permitiría al contratante, aun con los conocimientos precisos, determinar el concreto importe de la cancelación. Es más, parece que tal operación encierra una gran dificultad, pues no se puede pasar por alto que el director de la sucursal de la entidad bancaria no acertó a exponer la misma ni siquiera de manera aproximada, aludiendo a que la liquidación viene marcada por una suerte de departamento interno en base a operaciones matemáticas que desconoce, circunstancia, ésta, que por muchas vueltas que se quisieran dar, no tiene más que una lectura, cual es que malamente pudo el mencionado explicar algo a su cliente acerca de este particular. Además, por omitir, hasta se omite cualquier mención a la circunstancia de que dicha cancelación pudiera arrojar un resultado negativo y comportar una pérdida para el cliente.

La idéntica línea sigue el tenor literal de las condiciones particulares, en las que se hace constar que se informa al cliente de que la contratación de derivados conlleva una serie de riesgos de tipo financiero inherentes a la misma, pero, eso sí, con omisión de cualquier concreción al respecto que, como quedó dicho, tampoco fue proporcionada verbalmente. Las mismas condiciones particulares se refieren a las liquidaciones anuales que se realizarían con el resultante neto entre lo que el cliente paga y lo que el cliente recibe; en cuanto a lo primero, se establecía un tipo fijo pero referenciado al Euribor y, en cuanto a lo segundo, el tipo era el Euribor a 12 meses. Ahora bien, no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos de las liquidaciones y tampoco se justificaron posteriormente al llevar a cabo cada una de ellas, constanding únicamente los apuntes correspondientes en la cuenta asociada. Más aún, en el caso de que el cliente optase por la cancelación anticipada, además de no habersele ofrecido un precio de cancelación, como el Banco, dicho sea de paso, venía obligado a hacer, tampoco se especifica la fórmula mediante la cual se habrían de realizar los cálculos que habrían de generar ese valor liquidativo, habiéndose limitado cuando se produjo, en efecto, dicha cancelación a comunicar a la demandante el resultado de la misma y a efectuar un cargo en su cuenta, sin haber ofrecido ninguna otra explicación.

En definitiva, que la empresa demandante se acogió a la firma de los SWAP porque la información ofrecida por el Banco les indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad, algo que se acredita que se produjo por una información defectuosa imputable al Banco contratante sobre el producto ofrecido, dándose los presupuestos precisos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia, como es el caso de la *sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2.000: "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 quien 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"*. Y es que, si no se facilitó a la parte demandante la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en el que incurría al suscribir los contratos, y, si no se puede presumir, porque no se puede, que aquélla tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y a los riesgos que asumía, porque de la sola lectura de sus cláusulas y de sus condiciones jamás podría llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Así pues, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme al tenor literal del artículo 1303 del Código civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2005, entre otras muchas). Deberá procederse, por lo tanto, a la anulación de los cargos y abonos que se hubieran efectuado por razón del contrato que se anula en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

Se impone, pues, la estimación de la demanda que inicia las presentes actuaciones.

CUARTO.- En materia de costas procesales, de conformidad con el contenido específico del artículo 394 de la Ley de enjuiciamiento civil, al haberse resultado la estimación íntegra de la demanda, se imponen las mismas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales señalados, y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debo estimar y ESTIMO la demanda interpuesta por la representación de [REDACTED] S.L. contra BANCO POPULAR ESPAÑOL. S.A y, en consecuencia, DECLARO LA NULIDAD de los contratos DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS (IRS) de 23 de julio de 2007 y de 27 de mayo de 2008 suscritos por la entidad actora con la entidad demandada, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz de esas operaciones, con inclusión de la suma de 346,29 euros a favor de la entidad actora, junto con los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada una de las liquidaciones dinerarias anuales.

Las costas se imponen a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe RECURSO DE APELACIÓN que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo juzgado dentro de los cinco días siguientes al de su notificación.

Por exigirlo así la Disposición adicional 15ª de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, la interposición de recurso contra la presente resolución exige la constitución de un depósito de 50 euros mediante ingreso en efectivo en cualquier sucursal de la entidad bancaria Banesto en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano judicial.

El depósito de la expresada suma deberá acreditarse con la interposición del recurso, a cuyo escrito se acompañará copia del resguardo o de la orden de ingreso, sin cuyo requisito no será admitido a trámite.

Están exceptuados de la obligación de constituir depósito para recurrir las partes que en el procedimiento tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.