



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 3 DE GIJON

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 531/2010

MANUEL FOLE LOPEZ

PROCURADOR

Tel.: 985 34 91 86 / Fax: 985 34 95 52

C/ Begoña, 16 - 1ª A

33206 GIJON

COPIA

SENTENCIA

En Gijón, a veintiséis de noviembre de dos mil diez.

Vistos por MIGUEL COVIAN REGALES, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gijón, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante este Juzgado con el número 531/2010, a instancia de DON , representado por el Procurador de los Tribunales SR. FOLE LOPEZ y asistido por el Letrado SR. TAMARGO MENENDEZ, contra BANCO POPULAR, S.A., representada por el Procurador SR. SUAREZ GARCIA y asistida por la Letrado SRA. PANGUA MENENDEZ, sobre nulidad de contrato financiero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador demandante, en la representación indicada y mediante escrito presentado el día 12 de abril de 2.010, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio ordinario en la que, con base en los hechos que se exponían y los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, a que nos referiremos en el fundamento primero de esta resolución, terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que: *"se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) firmado entre las partes el día 29 de mayo de 2.007 por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en la prestación del consentimiento, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el artículo 1.303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Deberá condenarse a la entidad financiera, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados 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"*.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que se personara en los autos y la contestara, lo que hizo, en base a los hechos que constan en el escrito presentado en fecha 2 de junio de 2.010 y que se dan por reproducidos, citando a continuación los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminando solicitando que,





previos los trámites legales pertinentes, se dictara sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones frente a ella deducidas, con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio, se celebró ésta el día 15 de septiembre de 2.010, sin que se alcanzara un acuerdo. Convinieron las partes en fijar la cuantía del procedimiento como indeterminada. A continuación, la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, haciendo algunas alegaciones complementarias sobre la existencia de resoluciones posteriores a la demanda en casos similares; por su parte, la demandada, se afirmó y ratificó en la contestación. Fijaron su posición las partes sobre los documentos aportados de contrario, no siendo impugnada la autenticidad de ninguno de ellos. Se precisó el objeto de controversia, que quedó centrada en la solicitud de nulidad del contrato por existencia de vicio en el consentimiento, en concreto error, error negado por la parte demandada que, en todo caso, resultaría inexcusable. Recibido el procedimiento a prueba, la parte actora propuso prueba documental, más documental, testifical y pericial; la parte demandada propuso prueba documental, prueba testifical y pericial. Se acordó sobre la admisión de la prueba propuesta en el sentido que es de ver en autos y se señaló para la celebración del acto de juicio el día 24 de noviembre de 2.010.

CUARTO.- En el acto de juicio se procedió a la práctica de la prueba que venía acordada, no compareciendo los peritos de las partes, remitiéndose ambas a los informes aportados. Concluyeron las partes sobre su resultado y, a continuación, se declaró terminado el acto de juicio y los autos vistos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de litigio, planteamientos de las partes.

En el presente procedimiento pretende la parte demandante se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre las partes, de fecha 29 de mayo de 2.007, por haber concurrido vicio invalidante en la prestación del consentimiento, con la consiguiente restitución recíproca de prestaciones, de manera que las partes vuelvan a quedar en la situación anterior al efecto "invalidador", interesando se condene a la demandada a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada. En el encabezamiento de la demanda se invoca, de modo subsidiario,



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



la existencia de cláusulas oscuras y abusivas que habrán de tenerse por no puestas, pero sobre tal petición subsidiaria nada se concreta en el suplico de la demanda, por lo que la misma no puede formar parte del objeto de litigio, tal y como sostiene en este punto la parte demandada.

La pretensión deducida se basa en los siguientes hechos que, resumidamente, se pasan a exponer: la entidad demandada, en fecha 29 de mayo de 2.007 concedió a la demandante un préstamo hipotecario, documento 1 de la demanda; al mismo tiempo, la demandante expone a la demandada la necesidad de contratar un "seguro" que protegiera la hipoteca de las constantes subidas del euribor, firmando el mismo día, 29 de mayo de 2.007, las partes dicho "seguro", bajo el cual subyacía un contrato de permuta financiera de tipos de interés (documento 2 de la demanda); desde la contratación de la hipoteca la relación entre las partes se desenvuelve con normalidad, normalidad que se trunca cuando se comunica al actor verbalmente que van a cargarse en su cuenta unos 5.800 euros; hasta el momento, sólo ha tenido lugar, en fecha 9 de noviembre de 2.009, un abono de 137,01 euros en concepto de liquidación de intereses (documento 3), pero se le ha anunciado para el mes de noviembre de 2.010 el anterior cargo; alertada por estos hechos, se establece contacto con la demandada, encontrándose que, de manera totalmente involuntaria y por haber accedido a firmar un "seguro" para asegurar el tipo de interés de una hipoteca, se ha suscrito un contrato bancario de alto riesgo "swap" por importe de 160.000 euros; y, finalmente, que la entidad bancaria comunicó a la demandante que la liquidación final por cancelación del producto a fecha 19 de marzo de 2.010 ronda los 10.812,64 euros.

En cuanto a los fundamentos de derecho, se alega la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, error y dolo, afirmando que el contrato se firmó bajo engaño, que la demandada no explicó diligentemente las cláusulas del mismo y prestándose el consentimiento bajo error. Además, de modo desordenado, se hace referencia: al deber de información y tutela de la transparencia, básicos en el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y normativa que resulta de aplicación; al resultado gravoso debido a la existencia de cláusulas oscuras y abusivas y a la mala praxis de la entidad bancaria demandada.

La parte demandada se opone a la pretensión deducida por la actora, interesando la íntegra desestimación de la demanda.

Sostiene que el demandante es una persona con experiencia financiera superior a la media; que el contrato suscrito no es un producto especulativo de alto riesgo que requiera para su comprensión una especial cultura financiera; que no es posible que la demandante haya creído contratar un contrato de seguro, no existiendo error y menos excusable; que el contrato se



explicó correctamente, que su contenido se entiende perfectamente y cuyo objetivo era cubrirse frente al incierto curso de la evolución de los tipos de interés; que, además, su validez se cuestiona cuando produce efectos negativos al actor.

Con base en tales hechos, se aduce la inexistencia de error o dolo, atendida la claridad del contrato y de las obligaciones que del mismo se desprendían. En cuanto al régimen jurídico de aplicación al contrato litigioso, se sostiene la inaplicabilidad al caso de autos de la conocida como normativa MIFID (a que, más tarde nos referiremos), entendiendo de aplicación (aunque al mismo tiempo se cuestiona) el Real Decreto 629/1993. Además, se invoca la doctrina de los actos propios, viniendo a alegar que sólo se cuestiona la validez del contrato cuando se produce una liquidación negativa.

Así delimitado el objeto de controversia planteado por las partes, se colige que la cuestión central que se debate es la relativa a la nulidad del contrato concertado por vicio del consentimiento, en concreto error, que es negado por la parte demandada, aspecto en el que convinieron las partes en el acto de audiencia previa.

SEGUNDO.- Hechos probados, no controvertidos, de relevancia para la resolución del caso.

Entrando a conocer del fondo de la cuestión planteada, son hechos esenciales de los que ha de partirse para su resolución, que resultan sustancialmente de los documentos aportados sin impugnación de contrario (art. 326.2 de la ley de enjuiciamiento civil), y no controvertidos por las partes, los siguientes:

1º.- El demandante, señor _____, trabaja como conductor de autobús, sin que conste su formación académica, ni se haya acreditado cuenta con una particular experiencia financiera, ni hubiera sido aconsejado en toda su relación con la entidad demandada por asesores financieros.

2º.- El día 29 de mayo de 2.007 (escritura de novación modificativa de otra de préstamo con garantía hipotecaria) la entidad demandada concedió al demandante un préstamo hipotecario (documento 1 de la demanda, a cuya integridad nos remitimos). Como datos relevantes del mismo cabe señalar: se fija un capital total de 162.500 euros; se prevé la amortización en 420 cuotas mensuales (es decir, 35 años); se establece un interés, hasta el 9 de noviembre de 2.007, del 4,85% anual, y, a partir de dicha fecha, el tipo de interés de referencia anual aplicable (euribor) incrementado en un 0,90%, con un interés máximo del 9,153% anual. También se acuerda y pacta que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable será del 4%.

3º.- En relación con el anterior contrato de novación de préstamo hipotecario, las partes suscriben, en la misma fecha de 29 de mayo de 2.007, un contrato denominado "CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERES (IRS), adjuntado con la demanda como documento 2 y a cuya integridad nos remitimos, sin perjuicio de lo que a continuación se resalta.

El contrato de litis, de fecha 29 de mayo de 2.007 (aunque, en realidad, su fecha de inicio es el 7 de noviembre de 2.008), fija su vencimiento para el día 7 de noviembre de 2.011 y un importe nominal de 160.000 euros y, después de establecer los intervinientes, viene a estructurarse en un expositivo al que siguen unas condiciones particulares y unas condiciones generales.

- A) En el expositivo se recoge: "mediante la contratación de la presente operación las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo de interés fijo y un tipo de interés variable sobre un importe nominal y durante un período de duración acordado. Esta operación queda sujeta a las condiciones generales y particulares incluidas en este documento contractual así como en aquel/los otro/s que lo complementa/n".
- B) En el condicionado particular del contrato se establece, literalmente:

1ª Tipos de interés

Tipo de interés fijo: 4,848%

Tipo de interés variable de referencia:
Euribor a 12 meses.

2ª Periodicidad de las liquidaciones: anual

3ª Información al cliente sobre la negociación con derivados. Se informa al cliente de que la contratación con derivados conlleva una serie de riesgos de tipo financiero inherentes a la misma, sirviendo la firma del cliente al dorso de este documento como confirmación de que comprende los riesgos existentes y acepta que los mismos le son de aplicación conforme con la práctica habitual de los mercados financieros. En el caso de las operaciones IRS objeto del presente contrato, se especifica que el riesgo consiste en que en conforme (sic) a la evolución que experimente el tipo de interés variable durante la vigencia de la operación, el cliente puede tener que pagar

una cantidad correspondiente a la liquidación a tipo fijo superior a la que le corresponda cobrar por la liquidación del tipo de interés variable sobre el importe nominal. Asimismo, en los supuestos de cancelación anticipada, el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera.

- C) Al condicionado particular sigue un condicionado general a cuya redacción, por su extensión, nos remitimos. Interesa, no obstante, destacar: que la condición segunda se refiere al cálculo de las liquidaciones, incluyendo una fórmula y la posibilidad de que se haga efectiva mediante abono o adeudo en la cuenta vinculada del cliente; la tercera prevé, entre otros extremos, que el cliente solicite en el modelo correspondiente la celebración del contrato; la cuarta es relativa a la posibilidad de cancelación anticipada y establece que, "en estos casos el banco procederá a repercutir al cliente el importe que resulte de los cálculos que se tengan que efectuar para llevar a cabo la cancelación anticipada de la operación IRS"; finalmente, la quinta dispone, entre otros extremos, que el cliente "deberá constituir en el momento de concertar una operación IRS, a juicio del banco, un depósito equivalente al del importe nominal máximo del contrato en una cuenta existente de la que fuera titular o en una cuenta especial, distinta de la cuenta vinculada, especialmente afecta al cumplimiento de las obligaciones del cliente asumidas en este contrato...".

4º.- A tenor de las estipulaciones del contrato se hace evidente que, en el juego de intercambio de prestaciones dinerarias entre las partes contratantes como consecuencia de la aplicación de los respectivos tipos de interés, un descenso del índice referencial del euribor 12 meses (a cuyo pago se comprometió siempre la entidad bancaria demandada) por debajo del tipo de interés fijado para el cliente acarrea un resultado negativo para éste, que puede traducirse en importantes pérdidas para el mismo con ocasión de las correspondientes liquidaciones anuales caso de una significativa bajada o desplome del índice del euribor.

En concreto, en el supuesto examinado, como consecuencia del contrato suscrito, en las cuentas abiertas por la demandante se ha producido una única liquidación positiva, en fecha 9 de noviembre de 2.009, por importe de 137,01

euros (documento 3 de la demanda). Sin embargo, afirma la demandante (y no lo cuestiona la demandada), que, verbalmente, se le ha comunicado que, en el mes de noviembre de 2.010, tendría lugar una liquidación negativa por importe de unos 5.800 euros (liquidación que no consta en estos autos).

5º.- De otro lado, la entidad demandada ha comunicado a la demandante que el importe de la liquidación final por la cancelación anticipada del producto a fecha 19 de marzo de 2.010 ascendería a la cantidad de 10.815 euros (cálculo ratificado en el informe pericial practicado a instancia de la demandada y en el original explicativo aportado por la propia parte).

TERCERO.- Naturaleza del contrato suscrito por las partes.

El contrato litigioso suscrito entre la demandante y el Banco demandado, en el que es objeto de contratación una modalidad de un producto financiero, reviste las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones, actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es también resaltable característica de tal clase de contratos. Si bien la finalidad que

normalmente se persigue con la concertación de dichos contratos es la de posibilitar a las empresas (hoy, también, a los particulares) la cobertura o mejora de la deuda financiera (convenida muchas veces sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable), ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole meramente especulativa.

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

CUARTO.- Normativa y principios que resulta de aplicación.

En primer lugar, conviene comenzar precisando que, en el supuesto que nos ocupa, resulta de plena aplicación toda la legislación relativa a la defensa de consumidores y usuarios, dada la condición de la parte actora, que es destinataria final del servicio bancario prestado, servicio éste que, además, se presenta como ajeno a cualquier actividad empresarial desarrollada por la actora.

En este sentido, la buena fe contractual que ha de imperar en todo ámbito viene a concretarse en términos más rigurosos y, en particular, ha sido destacada por la doctrina y la jurisprudencia (sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, de 14-9-2006, de Las Palmas, de 15-11-2005, o, de Cádiz, de 18-2-2004) la importancia que debe otorgarse al derecho de información en la contratación con consumidores en orden a conformar una verdadera voluntad contractual y, en particular, en el ámbito de la contratación bancaria (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13-11-2008).

Al respecto se señalan las referencias contenidas en los artículos 8, 12, 17 o 18 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y se destaca el contenido de los artículos 60 y 80 del mismo texto legal. Así el artículo 60.1 citado, relativo a la información previa al contrato, dispone: "antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información

relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo". Por su parte, el artículo 80, en relación con las cláusulas no negociadas individualmente, dice: "1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

-Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

-Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido...

-Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor".

Es cierto que las disposiciones citadas, atendida la fecha de celebración del contrato litigioso, 29 de mayo de 2.007 (que no su entrada en vigor, que tendría lugar a fecha 7 de noviembre de 2.008), no habrían entrado en vigor, resultando de aplicación la precedente ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios en la redacción vigente a tal fecha, pero que, en este punto, resultaba sustancialmente coincidente con la que hemos dejado reflejada.

En segundo lugar, la aplicación de la normativa de protección de consumidores, no excluye la procedencia de un singular amparo de la demandante en su contratación como cliente con el Banco demandado, con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación. En relación con esto se ha dicho que 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.



Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

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

De igual modo se pone de relieve que la importancia que presentó en el mercado la suscripción de préstamos hipotecarios a interés variable determinó la obligación de las entidades que los concertaban de ofrecer instrumentos de cobertura en los términos fijados en el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica, cuyo artículo decimonoveno dispone: "Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios.

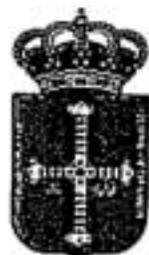
1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés.

Las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios".

Pero la que real y efectivamente viene al caso es la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

diciembre, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés (cuál el litigioso), con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. 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 y 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, el R.D. 629/1.993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, 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)

La aparición en el mercado de las formas de inversión más variadas, en las que se revela una evidente exposición de los contratantes a diferentes riesgos, determinó que en el ámbito comunitario se promulgara la denominada normativa MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), plasmada en primer término en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2.004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en la que se impone en los Estados miembros la exigencia a las entidades de un específico código de conducta destinado a asegurar una cumplida información sobre las actividades comprendidas en su ámbito de aplicación, entra las que expresamente se mencionan "contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps"), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo", diferenciándolos, a su vez, de aquellas otras operaciones que, dada la implantación generalizada que presentaban en el mercado, no se vieron

rodeadas de similares garantías. Y en ese mismo camino se enmarca la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2.006, por la que se aplica la antes mencionada en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva, en la que destaca sustancialmente la clasificación de los clientes (minorista/profesional) a efectos de delimitar la extensión de la protección que dispensa y la introducción de los test de conveniencia e idoneidad que se imponen para valorar la aptitud del interesado y el efectivo conocimiento de la inversión.

La trasposición del derecho comunitario vino a materializarse en derecho interno mediante la Ley 47/2.007, de 19 de Diciembre, por la que se modifica la Ley del mercado de valores, que expresamente incluye en el ámbito de aplicación de la misma los mismos instrumentos financieros expresados para la Directiva (artículo 2) y que 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, obligando a la entidad que ofrece en el mercado estos servicios a realizar una clasificación del cliente en razón de su experiencia y conocimientos financieros (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 Real Decreto 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (que deroga el Real Decreto 692/1993, antes mencionado) 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); imponiendo a las entidades que prestan el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras la realización de una evaluación de la idoneidad del cliente (artículo 72) y obligando a las entidades que presten servicios de inversión distintos de los mencionados en el apartado anterior el deber de determinar si

el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado (artículo 73).

Normativa toda la anterior que, si bien se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 20-1-2003), tal y como indican las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 27 de enero y 23 de julio de 2.010.

En el concreto caso de autos, atendida la fecha de celebración del contrato, insiste la parte demandada en la no aplicabilidad de la normativa expuesta, en particular lo relativo a la normativa MIFID. Al respecto cabe indicar:

1º.- En primer lugar, es cierto que a la fecha de celebración del contrato no han entrado en vigor ni la ley 47/2007, ni el Real Decreto 217/2008, a los que acabamos de hacer referencia. Sin embargo, resulta de aplicación toda la normativa anterior (que, precisamente por ello, ha quedado expuesta), en particular el Real Decreto 629/1993, que viene a recoger muchos de los principios desarrollados en la normativa posterior, según se ha dejado constancia, en particular sobre la obligación de informar en cuanto a los riesgos y de obtener información, también, sobre el cliente.

De otro lado, también ha de dejarse constancia, en cuanto a las Directivas comunitarias, que, si bien no se habían traspuesto al derecho interno (por lo que no resultaban directamente aplicables en las relaciones entre particulares), no es posible ignorarlas, y la necesidad de que las autoridades nacionales (entre las que nos encontramos) realicen una interpretación conforme al derecho comunitario del ordenamiento nacional ha sido ampliada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la aplicación de las Directivas.

Finalmente, también cabe tener en cuenta la Circular 8/1.990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (documento 5 acompañado con la demanda) e, incluso, los informes del Servicio de Reclamaciones del Banco de España relativos a los ejercicios 2007 y 2008 (documentos 6 y 7 acompañados con la demanda) en los que, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, referidos a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establece el criterio 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. Aspecto éste a que, también, se refiere el informe del Servicio de Reclamaciones del Banco de España aportado por la propia parte demandada, de fecha 25 de enero de 2.010, como documento 12, sin que los otros dos informes que se aportan (documentos 13 y 14, de fechas 1 y 2 de diciembre de 2.009) se entre a valorar sobre el grado de información o comprensión del contrato por entender el referido Servicio de Reclamaciones que excede de su competencia o carece de suficiente prueba.

En definitiva, todo lo anterior nos lleva a concluir que el hecho de que no hubiera entrado en vigor la trasposición al derecho interno de la normativa MIFID carece de particular trascendencia, atendida la normativa vigente en la fecha de celebración de los contratos.

2º.- En segundo lugar, en relación con la comunicación pública de fecha 20 de abril de 2.010 del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores y lo previsto en particular en el artículo 79 quáter de la L.M.V. (documento 9 aportado con la contestación), con carácter previo, debe decirse que este último precepto tampoco estaría en vigor a la fecha de celebración del contrato por lo que no parece insistirse por la parte en este aspecto.

En todo caso, si se viene a sostener que el producto contratado debe considerarse un producto bancario y no de inversión, sin que le sea de aplicación la normativa MIFID, variados son los argumentos que no permiten compartir la consideración defendida y, resumidamente, pasamos a exponer:

- A) En primer lugar, es la propia normativa, según ha quedado expuesto, la que incluye- e incluía- en su ámbito de aplicación los contratos litigiosos.
- B) En segundo lugar, la comunicación que se invoca tiene por objeto "la delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura". No se trata, pues, de la determinación de la normativa aplicable, sino, en su caso, de una delimitación de competencias.
- C) En tercer lugar, se trata de un mero comunicado, en consecuencia, de carácter orientativo, al que no cabe otorgar mayor valor (ni siquiera el propio de una circular del Banco de España).
- D) En cuarto lugar, en cuanto al fondo de la cuestión planteada, no se cumplen en el caso de autos los propios requisitos que se contemplan en el comunicado, cuya copia

se aporta, para que pueda hablarse de un contrato vinculado al litigioso y de donde resultaría la competencia del Banco de España. La propia parte demandada reconoce que se trata de contratos independientes. El plazo de vigencia del derivado no coincide en absoluto con el del contrato de hipoteca, ni se permite la cancelación automática de aquél con éste, aspectos éstos de la mayor importancia. En definitiva, al margen de lo indicado anteriormente, tampoco en cuanto al fondo, estaríamos ante un supuesto de los que contempla la comunicación que se invoca.

En suma, la normativa y principios que han sido expuestos, con excepción de la no vigente a la fecha de celebración del contrato, resulta de plena aplicación al caso de autos.

QUINTO.- Consideraciones fácticas relevantes en el caso de autos en orden a la resolución del mismo.

Varias son las circunstancias fácticas relevantes que han de ponerse de manifiesto, en relación con el concreto caso de autos, en orden a su resolución y que resultan de una valoración conjunta de la prueba practicada, conforme a las normas de la sana crítica:

1º.- En primer lugar, ha de insistirse en que el demandante es una persona física, que trabaja como conductor de autobús y cuya formación no consta, sin que se haya acreditado que cuente con especiales conocimientos en materia financiera o experiencia en este campo, ni que hubiera contado con un asesoramiento externo. Afirma la parte demandada que el demandante es un cliente con experiencia financiera de acuerdo con los contratos que aporta (documentos 3 a 8). Sin embargo, no consta su formación y, por lo que se refiere a los contratos que se aportan, más bien vienen a poner de manifiesto lo contrario de lo que la parte pretende acreditar. Se trata de contratos de préstamo y de seguros, de los que no cabe inferir que el demandante cuente con especiales conocimientos en materia financiera, como se pretende, y que, además, parecen ser asociados a la propia contratación del préstamo hipotecario.

2º.- Respecto a la concreta forma en que se ofertó y concertó la contratación del producto litigioso (fase precontractual), documentalmente, y esto es lo que debe ser destacado, no hay constancia ninguna ni sobre la información ofrecida al demandante en relación con los términos del contrato, ni tampoco en relación con su idoneidad para la suscripción del contrato. Nada obra documentalmente ni sobre la idoneidad del producto para el cliente, ni sobre la información facilitada en cuanto al producto que se contrataba (información sobre los riesgos que comportaba en relación con la evolución de intereses, existencia de concretas simulaciones o resultados

de la cancelación del producto, informando en definitiva al demandante sobre los verdaderos riesgos que comportaba la contratación).

Es más, ha de entenderse acreditado que, en el caso de autos, no existió ningún documento informativo previo, ni oferta vinculante en relación con el producto que se contrataba. La oferta que se aporta por la demandada, a requerimiento de la actora, es relativa al préstamo hipotecario concertado en el año 2.003, pero ninguna referencia contiene respecto al contrato que nos ocupa. El propio testigo reconoce que no se facilitó ningún folleto informativo. Se infringe así lo previsto en el propio Real Decreto-ley 2/2003, en el sentido de que las características del instrumento de cobertura se harán constar en ofertas vinculantes y demás documentos informativos. Tampoco se obliga al cliente a constituir la garantía que prevé el propio contrato (condición general 5ª), que -sin perjuicio de actuar como garantía para la demandada y por eso queda a su juicio- vendría a poner de manifiesto y hacer ver al cliente el verdadero alcance y riesgo de lo concertado (riesgo que manifiesta desconocer al tiempo de celebrar el contrato). Nada consta, en definitiva, documentalmente: ni que se hubiera evaluado la idoneidad del demandante para concertar el producto (el propio testigo reconoce que no se hacía ningún tipo de clasificación), ni que se le hubiera informado sobre los verdaderos riesgos de éste (que son los relativos a la previsible evolución de los tipos de interés), exigencias que ya establecía el Real Decreto 629/1993.

Frente a esta realidad documental no puede prevalecer la declaración del empleado de la demandada con el que se concierta la operación, en el sentido de que se hicieron simulaciones sobre las posibles liquidaciones y que, también, se informó sobre la posibilidad de cancelación (aunque sin especificar cuantía), porque nada de esto consta documentalmente y no se contrasta con la declaración del demandante y porque tampoco figura que se informara sobre el verdadero riesgo que el producto comporta, en relación con lo ya expresado.

3º.- En relación con el propio contenido del contrato litigioso, antes sustancialmente transcrito, debe significarse que los riesgos que asumen las partes sólo se mencionan de forma muy genérica, según hemos visto, sin que pueda hablarse de una información concreta sobre tales riesgos.

En el expositivo se recoge una definición del contrato aparentemente sencilla, pero cuyo verdadero riesgo no se explica (mediante la contratación de la presente operación las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo de interés fijo y un tipo de

interés variable sobre un importe nocional y durante un período de duración acordado).

En el condicionado particular "se informa al cliente de que la contratación con derivados conlleva una serie de riesgos de tipo financiero inherentes a la misma, sirviendo la firma del cliente al dorso de este documento como confirmación de que comprende los riesgos existentes y acepta que los mismos le son de aplicación conforme con la práctica habitual de los mercados financieros. En el caso de las operaciones IRS objeto del presente contrato, se especifica que el riesgo consiste en que en conforme a la evolución que experimente el tipo de interés variable durante la vigencia de la operación, el cliente puede tener que pagar una cantidad correspondiente a la liquidación a tipo fijo superior a la que le corresponda cobrar por la liquidación del tipo de interés variable sobre el importe nocional. Asimismo, en los supuestos de cancelación anticipada, el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera". Se habla de riesgos, de la posibilidad de que el cliente llegue a tener que pagar, pero en modo alguno se concretan tales riesgos y se hace comprender al cliente el verdadero riesgo que la operación comporta. Menos aún se especifica el modo en que se procederá a la cancelación anticipada, no conteniendo el contrato ninguna fórmula sobre el modo en que se procedería para el caso de cancelación.

Esta falta de información sobre los verdaderos riesgos del contrato tampoco se salva en el condicionado general del contrato, sin perjuicio del relativo valor que a éste podamos atribuir. La condición general segunda se refiere al cálculo de las liquidaciones, incluyendo una fórmula y la posibilidad de que se haga efectiva mediante abono o adeudo en la cuenta vinculada del cliente, pero la fórmula es obviamente ininteligible para un profano en la materia y no se incluyen supuestos concretos sobre el posible resultado de las liquidaciones partiendo de los diversos escenarios posibles. La condición general cuarta es relativa a la posibilidad de cancelación anticipada y establece que, "en estos casos el banco procederá a repercutir al cliente el importe que resulte de los cálculos que se tengan que efectuar para llevar a cabo la cancelación anticipada de la operación IRS", sin establecer, pues, fórmula concreta ninguna del importe que pudiera suponer la cancelación, aspecto al que, también, ha de otorgarse trascendencia.

En definitiva, a la falta de información en la fase precontractual, con infracción de la normativa vigente, se une la falta de verdadera información sobre los riesgos existentes que pueda colegirse del propio contenido del contrato.

A lo anterior y en otro orden de cosas, debe añadirse que, tampoco, la liquidación que se practica en el caso de autos

(documento 3) contiene todos los datos necesarios para su comprensión, no apareciendo debidamente motivada, de manera que el cliente pueda comprenderla fácilmente.

4°.- En el caso que nos ocupa el contrato litigioso concertado no cumple, respecto al préstamo hipotecario, una función de cobertura, en el sentido que a continuación se expone, y ello le dota de un cierto carácter especulativo.

Si bien no cabe negar la relación del préstamo hipotecario con el contrato de permuta financiera de tipos de interés en su inicio, el plazo de vigencia del préstamo hipotecario (35 años) y del contrato de permuta financiera de tipos de interés ((en realidad 3 años) no guarda ninguna relación, por lo que no cabe hablar de un instrumento de cobertura más que por un período muy limitado.

Además, se trata de dos contratos independientes y así es reconocido por la propia parte demandada, en el sentido de que ni la cancelación del préstamo hipotecario conlleva automáticamente la del IRS, ni tampoco se tienen en cuenta cualesquiera y posibles amortizaciones parciales del préstamo hipotecario.

5°.- Por último, insiste la parte demandada en que la pérdida que le pueda suponer el producto financiero contratado al cliente se ve compensada por la bajada de tipos de interés en relación con el préstamo hipotecario, de manera que la situación financiera del demandante no se ve afectada. Sin embargo, no contamos con prueba ninguna al respecto que permita alcanzar tal conclusión. Se limita a afirmarlo el perito, pero no se practica cálculo ninguno, ni se aporta prueba que permita constatar tal afirmación.

Por último, no puede dejar de ponerse de manifiesto que en el préstamo hipotecario se establece un interés nominal anual mínimo aplicable del 4%, de tal modo que la bajada de tipos de interés (en principio y de conformidad con lo pactado en escritura pública) sólo puede beneficiar a la demandante con tal límite y, en relación con ello, el producto de cobertura (que nada contempla al respecto) no puede entenderse adecuado. Por el contrario, la existencia de tal interés mínimo en el préstamo hipotecario permite entender como totalmente inadecuado el producto contratado para el demandante. Y, frente a ello, no cabe alegar (como manifiesta el testigo en el acto de juicio) que el Banco, unilateralmente, está anulando en estos casos la cláusula suelo, porque: ni consta tal hecho, que por primera vez se alega en el acto de juicio; ni, tampoco, tal concesión "graciosa" vendría a justificar que en el momento de celebración del contrato (que es el que ha de tenerse en cuenta) la permuta financiera de tipos de interés pudiera entenderse como adecuada.

SEXTO.- Vulneración de la normativa y principios de aplicación en el caso de autos.

Atendiendo a la antecedente normativa protectora de pertinente aplicación a la relación contractual del demandante con el Banco demandado, puesta en relación con las consideraciones fácticas que hemos hecho referencia, cabe concluir que dicha normativa ha sido vulnerada en el supuesto contemplado.

De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 26-4-2006 y de Pontevedra de 7 de abril de 2.010).

De una valoración en conjunto de la prueba practicada en los autos cabe llegar a la conclusión de que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y con riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características de los mismos fue deficitaria, pudiendo incluso en algún aspecto importante alcanzar a ser hasta equívoca.

El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad. Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general. Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén 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 y usos financieros. Entre la clientela tradicional, concedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, 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 del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que

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

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

Fácilmente cabe concluir, entonces, que, en el caso de autos, en la contratación no se cumplió la normativa y principios de aplicación a que hemos hecho referencia. Ni se tuvo en cuenta que el demandante contara o no con conocimientos financieros, pues nada consta en cuanto a la valoración que se hizo respecto al cliente y a la idoneidad y conveniencia del producto para ella; ni se la informó de tal modo que pudiera tener conocimiento sobre los riesgos reales de la operación a fin de tomar una decisión consciente. Tratándose de un consumidor el demandante, no se ha acreditado que se le ofreciera una información relevante, veraz y suficiente en orden a la concertación del contrato.

SEPTIMO.- De la existencia de vicio en el consentimiento y consiguiente nulidad del contrato en el supuesto que nos ocupa.

Entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1261 del Código Civil, se halla 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, conforme al art. 1262 del mismo Código, y que será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

En el concreto ámbito que nos ocupa y por lo que respecta a la influencia de la falta de información por parte del Banco demandado acerca de las características de los productos financieros ofrecidos y suscritos por las demandantes en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento en éstas últimas determinante de una situación de nulidad contractual, sirven muy bien como introducción al tema las consideraciones realizadas en la sentencia del JPI num. 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, con ocasión de la resolución de un caso similar al aquí planteado, del siguiente tenor: "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 poder 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 éste ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

En el mismo sentido, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de enero de 2.010 (en igual sentido la de 23 de julio de 2.010), para un supuesto similar: "la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés.

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

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

Por lo que se refiere al error, según el art. 1266 del Código Civil, para que el error invalide el consentimiento el mismo debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio. Requiriéndose, además, que sea excusable, esto es, no imputable a quién lo 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 quién 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 (en tal sentido, sentencias del Tribunal Supremo de fechas 3-3-1994, 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006). 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 condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en 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 (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), 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.

En el caso objeto aquí de enjuiciamiento, el demandante sostiene, fundamentalmente, no haber sido informado de las características del producto contratado, al tratarse de un producto financiero complejo y de alto riesgo, por cuanto una variación, a la baja, de los tipos de interés durante el período de su vigencia le podría deparar unas pérdidas elevadas.

A la luz de los hechos que han quedado expuestos entendemos concurren motivos bastantes para entender que el demandante al contratar sufrió un error esencial y excusable, con arreglo a lo que, a continuación y reiterando mucho de lo hasta aquí dicho, se expresa:

1º.- En cuanto a lo que es la esencia y finalidad del contrato se pone de manifiesto que el producto contratado se oferta como un medio de cobertura de riesgos a los que se exponía el cliente ante una eventual subida de los tipos de interés (y así lo admite la propia parte demandada), haciendo creer que lo que se concertaba era un medio de aseguramiento (en ese sentido se habla de seguro, no en el sentido técnico jurídico del término) y no lo que en realidad se contrata, un contrato de permuta financiera que conllevaba los riesgos que ya se han referido y que han abocado al demandante a la situación actual, bien de soportar liquidaciones negativas importantes, bien de cancelar el producto haciendo frente a un importante costo. Se dice que lo que el cliente quiere es evitar los riesgos frente a la subida de tipos de interés y para ello se le ofrece este producto, sin embargo lo que no se acredita es que, al mismo tiempo, se advierta de modo que el cliente pueda ser consciente de lo que ocurre en supuestos de bajada de tipos de interés. Es más, la propia parte demandada refiere que no era previsible una bajada de tipos de interés como la que tiene lugar y ello induce a pensar que tal escenario ni una ni otra parte lo tienen en cuenta a la hora de contratar. En definitiva, se dice contratar un producto a fin de evitar los posibles riesgos de subidas de tipos de interés, pero no se advierte de los riesgos que tal producto conlleva en un escenario de bajadas de tipos cual el que, finalmente, acaece. El demandante pretende contratar un producto que le asegure frente a la posible evolución al alza de los tipos de interés. Sin embargo, contrata un producto con evidente riesgo que, en determinados escenarios, conlleva importantes perjuicios en modo alguno previstos al contratar.

2°.- En segundo lugar, también se considera esencial el error que concurre sobre la total independencia del contrato con respecto al préstamo hipotecario. El instrumento, que se dice de cobertura y asociado al préstamo hipotecario, resulta independiente de éste, pues ni su período de vigencia es el mismo, ni, fundamentalmente, la posible cancelación o amortizaciones parciales de aquél surten ningún efecto en el contrato litigioso concertado.

3°.- En tercer lugar, es claro que la demandada, en ningún momento, facilitó al demandante la información necesaria que debía proporcionarle para que tuviera un conocimiento preciso de las características del producto que contrataba y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía. Riesgo que, de la lectura del propio contrato, tampoco, podía llegar a inferirse. Incluso, también se ha señalado, que esa omisión de información sobre los posibles riesgos de la operación es tanto más significativa teniendo en cuenta que ningún riesgo asume el Banco que asegura su operación con otra entidad (según ella misma admite), de manera que, en todo caso, obtiene un beneficio a través de la comisión que percibe al intermediar en la operación. En definitiva, no cabe entender que el producto fue explicado correctamente (incluso, según se ha reiterado, infringiendo la normativa y principios de aplicación), ni tampoco que los riesgos que comporta se entiendan perfectamente, como sostiene la parte demandada, menos aún que el demandante al firmar el contrato fuera consciente de tales riesgos.

4°.- Por último, ha de tenerse en cuenta la muy distinta condición de las partes, en orden a valorar la excusabilidad del error, según se viene insistiendo. De un lado, el demandante, consumidor, conductor de autobús y del que no consta tuviera conocimientos financieros ningunos. De otro lado, el Banco, profesional del ramo y a quien es exigible la diligencia propia de tal condición. En tales circunstancias se comprende que, quien firma, más que leer detenidamente lo que firma, lo suscribe fiándose de la seguridad que se le ofrece. Por el contrario, difícilmente, alcanza a comprenderse pueda considerarse adecuado el producto, cuando, al mismo tiempo, en el préstamo hipotecario se establece un interés mínimo del 4%.

En suma, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba por lo demás obligado a proporcionar (no debemos olvidarnos sobre la aplicación de la normativa en materia de consumidores), acerca de las características del producto suscrito por la demandante, así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, al punto de concretarse en los términos que se han dejando expuestos, conlleva a tener por concurrentes los

nulos; todo ello con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia 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.

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ).

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

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.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó en el mismo día de su fecha, habiéndose celebrado audiencia pública. Doy fe