



JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10
GIJON

Jorge Somiedo Tuya
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
C/ Begoña, 40 - 1º - Tlf: 985 17 07 03
33201 - GIJON

SENTENCIA: 00168/2010

Ordinario nº. 479/2010.- Juzg. 1ª Instª. nº. 11.-

Demandante: DON .

Demandado: "Banco Popular Español, SA".-

SENTENCIA

En Gijón, a uno de diciembre de dos mil diez.

El Ilmo. Sr. D. Javier Alonso Alonso, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Gijón, ha visto los presentes autos de juicio ordinario, sobre nulidad de contrato financiero, seguidos con el nº 479/2010, en el que han intervenido, como demandante, don _____, representado por el Procurador Sr. Somiedo Tuya, asistido del Letrado Sr. Tamargo Menéndez; y, como demandada, la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representada por el Procurador Sra. Suárez García, asistida del Letrado Sr. López Cabada. Y por ello dicta la presente resolución en razón de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La persona expresada dedujo demanda en la que, tras exponer lo conveniente, terminó solicitando se dictara sentencia por la que se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés ("IRS") firmado entre las partes el día dos de mayo de dos mil siete por haber concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, llevando ello 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 de sus intereses, conforme dispone el art. 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 en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

Para ello aducía, en esencia, que concertó con la demandada un préstamo hipotecario y, al hilo del mismo, lo que se le ofreció como un contrato de seguro destinado a cubrir las posibles subidas de tipos de interés, ocultando con ello que en realidad se trataba de un producto financiero de riesgo a resultados del cual las variaciones de tipos de interés son



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

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". Igualmente y a la hora de definir el contenido del contrato en el que existan cláusulas no negociadas individualmente, se impone (art. 80.1º) el cumplimiento de exigencias como la "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", así como la "accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Y, a la postre, el designio de tutelar aquellos intereses lleva a predicar que se superan esos límites de la libertad de pacto con la inclusión en él de cláusulas abusivas, reputando como tales (art. 82) "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". En fin, únicamente ha de precisarse que en esa cita de las normas de tutela de consumidores se emplea la vigente en la actualidad, por más que en la fecha de celebración del cuestionado las aplicables fueran las de la precedente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios en la redacción vigente en aquel instante, cuando en este punto existe coincidencia sustancial con la que se acaba de transcribir.

SIXTO. La trascendencia que tiene el cumplimiento de aquel deber general de información que resulta de la buena fe contractual es indudablemente mayor en aquellos contratos en los que juegan un papel fundamental la aleatoriedad y el riesgo, en la medida en que la exposición de quien los concierne a determinado nivel de peligro para sus expectativas económicas demanda necesariamente una mayor intensidad en el conocimiento de aquello a lo que se obliga. Ello explica la sucesiva promulgación de normas destinadas a plasmar esa exigencia, entre las que debe hacerse mención del (hoy ya derogado) Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios que, en referencia a las operaciones incluidas en el ámbito de aplicación definido en el art. 1, impone a las entidades que se mencionan en ese precepto un específico deber de información entendido en el doble sentido de aquélla que ha de recabar para valorar el perfil y experiencia inversora del cliente, y, a su vez, de la que ha de ofrecer a éste para permitir un conocimiento suficiente sobre el alcance de la inversión, todo ello en los términos del código de conducta comprendido en su anexo. Es cierto, no obstante, que pese a la mención que se contiene de esa norma en el informe que aporta el demandante y como se cuida de señalar la demandada, su ámbito de aplicación quedaba reducido inicialmente a las actividades que en el momento de su entrada en vigor definía la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente en ese

instante de los arts. 71, 76 y 77, y, por tanto, y de manera sustancial, a las actividades de inversión en mercados de esa naturaleza, o, si así se prefiere, valores en la acepción clásica del término que inicialmente asumiera esa normativa, si bien ha de precisarse por igual que ese concepto se ha superado en sucesivas modificaciones de aquella Ley para darle un campo de aplicación bastante más amplio, ello en la medida en que el propio desarrollo del mercado dio ocasión a la aparición de múltiples tipos de actividades de inversión que no aparecían contempladas en aquella redacción inicial, para comprender, así y según la redacción vigente en el momento de concertarse el contrato (art. 2, párrafo segundo, de la Ley mencionada) "los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no", con la imposición añadida del cumplimiento de los deberes de transparencia, actuación en interés del cliente y cumplida información. Por ello, y pese a que, en definitiva, el contrato cuestionado no se encontrara comprendido dentro del campo de aplicación de aquella norma reglamentaria, si la misma se pone en relación con las sucesivas modificaciones de la Ley del Mercado de Valores, su cita no deja de resultar relevante en la medida en que pone de manifiesto la trascendencia que presentaba el cumplimiento de aquel deber de información en operaciones de riesgo, aún en las más tradicionales y sobradamente definidas en el mercado como era la inversión en valores.

Por otra parte, y siguiendo el desarrollo cronológico de las normas que afectan a la contemplación de negocios como el cuestionado, debe ponerse de relieve que la importancia que presentó en el mercado la suscripción de préstamos hipotecarios a interés variable determinó, entre otras razones, la imposición a las entidades que los conciertan del deber 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, en cuya exposición de motivos puede leerse que "resulta conveniente adoptar medidas para promover la competencia y atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipos de interés, propios del mercado financiero. Para ello, se avanza en la facilitación y abaratamiento de las operaciones de novación y subrogación hipotecaria y se promueve el desarrollo y difusión de nuevos productos de aseguramiento de los riesgos de tipos de interés", lo que a la postre se traduce en el deber impuesto en el art. 19: "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".

Y, en tercer lugar, retomando el marco normativo en el que se desenvuelve una relación como la cuestionada, y, con independencia de lo que más abajo se dirá sobre su aplicación a la misma, es preciso incidir en el hecho de que precisamente la aparición en el mercado de las formas de inversión más variadas en las que se revelaba una evidente exposición de los contratantes a diferentes riesgos, determinó en el ámbito comunitario la promulgación de 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 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo en la que, en sustancia, se impone a los Estados miembros (art. 19) 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, entre las que expresamente se mencionan (apartado C del Anexo I) "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 2006 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, y 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 conocidos como test de conveniencia e idoneidad que se imponen para valorar la aptitud del interesado y el efectivo conocimiento de la inversión.

Por último, el mandato de esas normas comunitarias vino a materializarse en el derecho interno, por una parte, con la Ley 47/2007 de 19 diciembre por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, y en la que ha de destacarse: - que expresamente incluye en el ámbito de aplicación de la misma (art. 2) los mismos instrumentos financieros expresados en la primera de las Directivas, reproduciendo a la letra el contenido de ésta; - que obliga (art. 78) a la entidad que ofrece en el mercado estos servicios a realizar una adecuada clasificación del cliente en razón de su experiencia y conocimiento financieros; - y que impone a las mismas entidades (art. 79 bis) el deber de proporcionar a los clientes "de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento

financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" y precisando, además, que "la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias". Normativa que, por otra parte, vino a concretarse en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (norma que deroga expresamente el Real Decreto 629/1993 antes mencionado) en el que: - se reitera (art. 64) y define el deber de información, del que se exige un detalle suficiente como para que "el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas"; - impone a las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras (art. 72) la realización de una evaluación de la idoneidad del cliente recabando la información precisa mismo de tal manera que sea posible concluir que la propuesta "responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión", y "es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión" y "es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera"; - y, en fin, obliga (art. 73) a las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los mencionados en el apartado precedente 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. De todo lo cual resulta, en conclusión, que, como señala la sentencia de nuestra Audiencia Provincial (Sec. 5ª) de 27-1-2010 (y en igual sentido, la de 23-7-2010) "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible".

Finalmente, y concluyendo en la exposición de este marco normativo es necesario precisar -en la medida en que se ha puesto en cuestión en el pleito- que, efectivamente, y como hace ver la demandada, las disposiciones que se acaban de mencionar en los dos párrafos precedentes no resultan de aplicación al contrato cuestionado, supuesto que el efecto de las mencionadas directivas se limitaba -por su propia naturaleza y de acuerdo con los plazos que respectivamente señalaban, el último de ellos demandando la aplicación de la segunda en los Estados miembros a partir del día 1 de noviembre de 2007- a definir ese marco normativo que había de trasponerse al ordenamiento interno, lo que efectivamente llegó a materializarse con la promulgación de las normas citadas, cuya vigencia es efectivamente posterior a la celebración del contrato. Pero, con ser así, nuevamente no

puede desdeñarse la importancia que tiene esa cita en la medida en que ha sido constante la alusión en la prueba a la naturaleza especulativa o no especulativa que pudieran presentar este tipo de contratos y también en las alegaciones -y en los respectivos informes- a la mayor o menor complejidad del suscrito, cuando lo cierto es que la sola contemplación de esa normativa excusa de mayores razonamientos para poner de manifiesto la irrelevancia de ese primer debate, pues es llano que, sin emplear ese término, existe una voluntad legislativa indudable de otorgar una disciplina especial, y, con ella, el cumplimiento de deberes cualificados de información, en contratos (swaps) como el enjuiciado, por lo que en realidad podrá debatirse a efectos polémicos cuanto se quiera -en ese sentido se comparte la explicación del perito de la demandada acerca de la generalidad de aquel término- si en este caso se trataba de una apuesta del actor contra el mercado o si, puesto en relación con el préstamo, el contrato era ajeno a ese fin especulativo, pero lo cierto es que lo realmente trascendente es que negocios como los expresados están sujetos hoy a exigencias rigurosas de información y documentación como las antes expuestas, lo que evidentemente pone de manifiesto sin mayores dudas el riesgo que comporta su suscripción.

SEPTIMO. Las circunstancias de hecho que se han expuesto acerca del contenido y celebración del contrato llevan a la conclusión de que en la génesis del consentimiento del actor medió un error que es determinante para declarar su ineficacia, y, a la par, que ese error parte del incumplimiento por la demandada de los deberes de información que asumía en el momento de su celebración en razón de la normativa expresada -en los términos en los que respectivamente se ha delimitado su ámbito de aplicación-, o, si así se prefiere, de una representación inexacta de la realidad propiciada por la ausencia de una cumplida información sobre las consecuencias que asumía al concertarlo. Y ello, por las siguientes razones:

1º- La prueba practicada pone en evidencia que aquel producto se ofertó al hilo de la vigencia de un préstamo hipotecario como un medio de cobertura de los riesgos a los que se exponía el cliente ante una eventual subida de los tipos de interés, haciendo creer de este modo que lo que se concertaba era precisamente un medio de aseguramiento y no lo que en realidad se presenta, esto es, un contrato de permuta financiera cuya contemplación legal ha de reiterarse que excusa de mayores razonamientos para explicar el riesgo que comporta. Y ello es así cuando, como queda indicado, el propio representante de la demandada reconoce que el propósito del actor -precedido de la inquietud que le produjo la subida de los tipos de interés y su repercusión en el préstamo- radicaba en encontrar un instrumento que le dejara a resguardo de las consecuencias de la subida, y que eso fue lo que se le ofreció precisamente ante la expectativa de que esa tendencia alcista en los tipos iba a mantenerse en tiempo, de manera que precisamente el negocio se firmó en ese escenario y con la contemplación prioritaria de una situación de hecho como la que había y se preveía en ese momento. De ese modo, si el propio partícipe en la negociación expresa la convicción de

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

que el debatido contrato respondía a la finalidad esencial de cumplir con el propósito de ofrecer seguridad ante la eventual subida de tipos, con mayores razones había de contemplarlo así quien, sin mayores conocimientos financieros -así se reiterará seguidamente- se dispuso a aceptar aquel contenido contractual. Con ello se entiende, pues, que efectivamente el interesado creyera que lo que se le ofrecía era un seguro, no en un sentido técnico jurídico como el que reiteradamente refiere la demandada (es obvio, efectivamente que en esa perspectiva no lo es, ni la propia entidad lo podría concertar), sino desde la contemplación de su finalidad, que no podía ser otra más que la de atender a aquel riesgo de subida de tipos, frente al que se pretendía alcanzar una cierta seguridad.

2º- Se ha dicho que el actor carece de conocimientos financieros en la medida en que, pese a la afirmación de la demandada de una realidad contraria, no se ha aportado elemento alguno que apunte a ese pretendido conocimiento, y, por lo que aquí importa, al conocimiento de los efectos de un contrato de permuta financiera como el suscrito. O, por mejor decir, los elementos que se aportan para sustentar esa afirmación son ciertamente insuficientes a esos fines, cuando la pacífica suscripción de un contrato de tarjeta de crédito y de varios seguros de hogar o de otra naturaleza no son muestra de un conocimiento del mercado financiero superior al medio, pues es obvio que unos y otros tienen en el mercado y en la práctica diaria una implantación tal -tanto desde la perspectiva del tiempo cuanto de la frecuencia en la contratación- que para una persona media (en los términos del Código Civil, un diligente padre de familia) no presenta mayores dificultades conocer cuales son las consecuencias esenciales de esos negocios. Algo que desde luego no puede sostenerse por igual de un contrato de permuta financiera que, por más que el perito de la demandada sostenga que tienen más de cuarenta años de vigencia en el mercado, no son de usual y general conocimiento. Baste para afirmarlo que, por una parte y por lo que explica el representante de la demandada, su implantación en el mercado -entiéndase, en el que afecta a particulares- data del año 2006 o 2007; y, por otra y de nuevo, que precisamente por el componente de riesgo que comportan están sujetos a una disciplina rigurosa como la expresada más arriba, de la cual, en definitiva, expresamente están excluidas operaciones como las señaladas por la demandada para sostener un pretendido conocimiento que, en consecuencia, no puede tenerse por probado. En fin, poco sustento puede aportar a ese pretendido conocimiento la afirmación de que fue el propio actor quien solicitó expresa y conscientemente ese producto suscribiendo la solicitud aportada por la demandada, cuando, según resulta de la declaración de su representante, ese documento no es más que un formulario ofrecido a la firma en el mismo momento en que se firmó el contrato.

3º- El contrato no ofrece una información clara, precisa y detallada de las consecuencias que para el cliente tiene su suscripción. En efecto, la simple contemplación de aquel contenido escrito y aceptado desde una óptica ajena a la

PRINCIPADO DE
ASTURIAS



realidad bancaria y financiera no es suficiente para comprender cabalmente que lo que se concierta es en realidad un contrato de permuta de tipos de interés, en el que no se atiende a una finalidad de cobertura como la esperada, sino a un intercambio monetario basado en la evolución de aquellos tipos de interés, lo que evidentemente representa un riesgo cuyas consecuencias no pueden discernirse en el momento de la contratación, o, al menos no puede hacerse en los términos necesarios para obtener un conocimiento cabal y suficiente de lo que se asume. No quiere decirse con ello que sea exigible imponer en el contrato una predicción de la evolución que puedan tener aquellos tipos, ni parece obligado un esfuerzo poco menos que adivinatorio para contemplar todos y cada uno de los escenarios posibles que ofrezca la realidad económica, ello en la medida en que buena parte de ellos pueden resultar impredecibles y, como señala el informe aportado por la demandada, bien distintos de los que en términos de normalidad se preveían, ello con el matiz, no obstante, de que en todo caso la propia dedicación de la demandada hace que se encuentre en mejores condiciones de contemplar esas expectativas. Pero lo que sí resulta exigible es definir con claridad aquellas consecuencias que puedan resultar de esas expectativas, más aún cuando esa concreción no presentaba ninguna dificultad práctica, pues, no siendo predecible la evolución cierta de los tipos, sí lo eran sus efectos señalando las cantidades que en cada caso podían resultar - a favor o en contra del cliente- de esa evolución. Y esa exposición es la que está ausente, no solo en el contrato, sino en los momentos previos a su formalización, cuando las simulaciones que ofreció la entidad presentan una variación del tipo a la baja tan exigua (del 4,705 al 4%) que poca atención podrían despertar en el interesado en el producto, más aún cuando las que se explican al alza (hasta el 6%) habrían de ofrecer un resultado más sustancioso que, comparado con el primero, permite entender la asunción del contrato ante la errónea representación de que aunque la realidad no respondiera a las previsiones -por tanto que, contra lo esperado por ambas partes, existiera una evolución a la baja de los tipos de interés- las consecuencias económicas no habrían de ser tan notables. De esta suerte, si para satisfacer aquella exigencia de ofrecer una cumplida información, podía resultar ciertamente difícil hacer una representación de supuestos ilimitados como la referida por el representante de la entidad, lo que no presentaba mayor dificultad era representar aquellas más sencillas de calcular, cuando no se alcanza la que pudiera tener, p. ej., contemplar unos tipos al 3, 2 o 1%, lo que indudablemente ofrecería una idea cierta de la trascendencia económica que tendría esa eventualidad, y, por tanto, no solo aquella que pudiera producirse en el escenario contemplado de subidas de tipos. Esto es, si se contemplaba como hipótesis más probable la continuidad en la subida de los tipos, pero, a tenor de lo pactado, el descenso de los mismos había de provocar importantes cargos para el cliente, aquella información esencial debía comprender necesariamente una advertencia explícita tanto sobre esa eventualidad cuanto de las consecuencias concretas que podía tener, lo que desde luego no puede entenderse colmado por una advertencia de tipo general como la que contiene el contrato, del que razonablemente no pueden extraerse a ciencia cierta aquellos efectos. En fin,



escaso valor tiene para desvirtuar esa conclusión, la reiterada afirmación de quien suscribe el informe aportado por la demandada alusiva a la aparente claridad y sencillez del contrato, cuando una cosa es que para quien está acostumbrado a términos y cálculos como los que contiene no ofrezca mayores dificultades interpretar su sentido, y otra bien distinta que ello sea así para quien es ajeno a esos conocimientos, y a quien no se le ofrece cumplida información, no solo del beneficio que podía representar para sus intereses, sino también del perjuicio que había de producir una variación de los tipos a la baja, ello por más que en aquel instante no se contemplara como probable.

4º- Si el contenido documentado del contrato no ofrece información suficiente en lo que puede entenderse como el desenvolvimiento de sus consecuencias en condiciones normales, esa carencia es indudablemente mayor a la hora de definir las que tiene en el caso de que el cliente opte por dejarlo sin efecto, al punto de que puede decirse que en este caso no existe previsión o concreción alguna, de manera tal que la determinación de aquellas queda en todo caso en manos de la demandada, al punto de que, con los términos contractuales que inicialmente se transcribían, en realidad tan posible es hacer esa liquidación con arreglo a los parámetros que ofrece el informe pericial que aporta aquella, como con sujeción a cualquier otra que se quiera apuntar. Buena muestra de ello es que quien emite ese informe explica que el coste aquella cancelación se obtiene por el mismo camino que las liquidaciones periódicas, por lo que, de ser así -ha de insistirse que en el contrato nada se dice sobre el particular- no se alcanza la dificultad práctica de plasmarlo en el documento, y, del mismo modo, plasmar en él las concretas consecuencias que se producirían en una u otra hipótesis. Y esa dificultad habría de ser aún menor si se considera que, a tenor de las mismas explicaciones, el valor estimado del tipo de interés que ha de emplearse para el cálculo se obtendría con solo atender al tipo del euríbor fijado al plazo correspondiente y publicado oficialmente. Explicación que realmente lleva a poner en entredicho el argumento que emplea para sostener que no es posible determinar el coste de cancelación de antemano, ya que, de acuerdo con aquella, con las cifras que se manejaran en el instante de la contratación sería posible determinar sin mayores dificultades lo que en ese momento -también en otros futuros- importaría dejar sin efecto la permuta. Y, en definitiva, con ser cierto que en un contrato sujeto a plazo determinado de duración como el expresado ni siquiera resultaría necesario recoger aquella facultad de dejarlo anticipadamente sin efecto, también lo es que, de ofrecerse esa posibilidad, sus consecuencias han de ser determinadas con claridad a fin de que el interesado pueda tener idea cierta de cuales son los efectos de esa hipotética decisión.

OCTAVO. Lo dicho lleva a apreciar la existencia de un error en la prestación del consentimiento que vicia la celebración del contrato y da ocasión a declararlo ineficaz. Y ello, en primer término, porque ese error es sustancial (art. 1.266 del Código Civil) desde el momento en que recae sobre el elemento

PRESENCIA
SIVON

nuclear del negocio, esto es, sobre las consecuencias económicas concretas que presentaba para el actor su celebración en los momentos que se han expresado; y, en segundo término, porque resulta excusable, una vez que ni la lectura del contrato posibilita conocer a ciencia cierta esas concretas consecuencias, ni es de presumir para el actor la posibilidad de alcanzarlas por otros medios con el empleo de una diligencia media o usual. Es más, los hechos que se dejan expuestos llevan a sostener que ese consentimiento se encontraba mediatizado por la necesidad y correlativo ofrecimiento de un producto destinado a cubrir un riesgo determinado con la consecuencia de exponer al contratante a otro del que no fue oportuna ni suficientemente informado, por lo que en realidad ese error no nace únicamente de la creencia espontánea del interesado, sino de la propia actuación de la demandada, al dejar de advertir aquello que resultaba esencial durante la vida del contrato y para el caso de que se decidiese ponerle término anticipadamente, lo que, a la postre, se acerca al dolo omisivo, definido como recuerda la STS de 5-3-2010 y cuantas en ella se citan, por la actitud del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, y cuya apreciación, no obstante, -con unas consecuencias prácticas que aquí habrían de resultar intrascendentes- viene impedida por la afirmación de la defensa del actor en sus conclusiones cuando llega a descartar en la persona que de manera particular contrató con el actor esa actuación dolosa. En fin, y a la hora de apreciar esa representación errónea no es desdeñable la trascendencia que hubo de tener en la formación de aquella voluntad viciada la confianza instaurada al hilo de celebración de otros contratos con la misma entidad y en un marco en el que se explica con mayor facilidad la asunción de aquel contenido contractual, pues, como recuerda la STS de 16-2-2010, "el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4 :109 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad".

Por último, la apreciación del error en nada se altera por el argumento de que el actor está desconociendo su actuación precedente al haber suscrito libre y voluntariamente un contrato con el que únicamente vino a mostrarse disconforme cuando sus consecuencias comienzan a resultarle perjudiciales, aquietándose hasta entonces con las favorables que ya había obtenido y faltando de ese modo a la buena fe, y, en definitiva, al efecto vinculante que tienen sus propios actos. Y esa apreciación no se altera porque: 1º- es evidente que aquella reacción surge en el momento en que se conocen las consecuencias prácticas que tenía aquello que, sin la necesaria información, hasta ese instante se ignoraba. En ese sentido, pues, ninguna extrañeza ocasiona que se reaccione de manera oportuna frente al contenido del contrato en ese momento en que se dirige a la demandada para exponer a su gestor que "eso no era lo que le habían ofrecido"; y, 2º- de

susceptibles de provocar liquidaciones en su perjuicio, y en el que, además, se contienen cláusulas perjudiciales y de difícil interpretación.

SEGUNDO. En justificación de lo expuesto aportó documental e informe pericial y se practicó a su instancia el interrogatorio de la demandada. Igualmente propuso, y fue admitida, la declaración del emisor de aquel informe, que no se llevó a efecto por su incomparecencia, solicitando el interesado su práctica como diligencia final para el caso de que se considerara necesaria la explicación del informe.

TERCERO. La demandada se opuso, solicitando la entera desestimación de la demanda, para lo que en esencia aducía que el actor fue informado oportuna y claramente de lo que estaba suscribiendo, y que realmente se trata de un contrato con un contenido claro y preciso, que podría tener el resultado de liquidaciones beneficiosas o perjudiciales para el interesado, lo que éste asumió mientras ocurrió la primero, para pretender desprenderse de lo pactado una vez que varió esa situación.

CUARTO. En justificación de lo expuesto aportó documental e informe pericial y se practicó a su instancia la declaración de dos testigos y la del emisor de ese informe.

QUINTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Son hechos esenciales de los que ha de partirse en la resolución de la presente controversia y que resultan acreditados por los documentos aportados (art. 326.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), los siguientes:

1º- Con ocasión de la adquisición de una vivienda y con la finalidad de financiar su precio el actor concertó con la demandada el día 28 de octubre de 2004 un préstamo hipotecario a interés variable que después fue novado en fecha 8 de noviembre de 2006 variando sus condiciones iniciales, con un principal garantizado de 129.819 €.

2º- El día 2 de mayo de 2007 el actor suscribió la titulada "solicitud contratación permuta sobre tipos de interés", en la que consta que "por el presente solicito la contratación de la compra de una permuta sobre tipos de interés (IRS) en la cuantía, condiciones y plazos reflejados en el presente documento. Dicha contratación se regulará conforme a las condiciones especiales y generales del contrato una vez aprobado por el Banco".



Fernando Manuel Lomiedo Eguía

PROCURADOR

G I J O N

en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (B.O.E. de 4-11-2009).

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

C O P I A

NOTIFICACION: EL 9-12-2010.-



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



2007-05-02
PROCURADOR
LEJOU

3º- A lo que hace referencia ese documento es al denominado "contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS)" que los interesados suscriben el mismo día 2 de mayo de 2007 y por el cual "las partes acuerdan intercambiarse entre si 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 periodo de duración acordado". Bajo la rúbrica "condiciones particulares" de ese documento puede leerse lo siguiente:

Tipos de interés

Tipo de interés fijo: 4,705 %

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

Periodicidad de las liquidaciones: anual.

Información al cliente sobre la negociación con derivados. Se informa al cliente de que la contratación de 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 al tipo fijo superior a la que le corresponda cobrar por la liquidación del tipo de interés variable sobre el importe nocional. Así mismo, en los supuestos de cancelación anticipada el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera".

4º- Por otra parte, y en las condiciones generales del documento se definen los términos empleados en él como cantidad fija, cantidad resultante, cantidad variable e importe nocional; define el propio contrato como "operación de derivados que consiste en un contrato mediante el cual dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables durante un cierto periodo de tiempo. En el presente contrato el comprador paga la cantidad fija y recibe del vendedor la cantidad variable"; y, a la postre, recoge la operativa del producto de manera tal que "se producirá el pago de una cantidad por parte del vendedor al comprador (o del comprador al vendedor si el tipo fijo y la cantidad fija que resulte son superiores a la cantidad variable) y que se calculará conforme a la siguiente fórmula:

CR= CF-CV



Si $CF > CV$ el comprador paga al vendedor la diferencia resultante. En cambio, si $CF < CV$ el comprador recibe del vendedor la diferencia que resulte."

Lo que se acompaña seguidamente de la fórmula por la que se determina la liquidación y la expresión de cada uno de los conceptos que la integran, para terminar por señalar que "la cantidad resultante se hará efectiva mediante abono o adeudo en la cuenta vinculada del comprador, según corresponda, en función del cálculo efectuado al vencimiento de cada periodo de liquidación o en el momento de resolución anticipada del contrato, si ésta se produjese"

5º- El contrato expresado señala como fecha final de efecto el día 10 de octubre de 2012, reconociendo, no obstante, la facultad del cliente de "desistir del contrato con una antelación de quince días sobre la fecha en que pretenda dejar sin efecto el contrato. 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".

6º- La aplicación de las previsiones contractuales llevó a la entidad bancaria a realizar dos liquidaciones, una, por importe de 8,07 € que se cargaron en la cuenta asociada al producto el día 10-10-2008, y otra, por importe de 972,94 €, que se abonaron en esa cuenta el día 12 de octubre del año siguiente. Y, según el comunicado emitido por la demandada el día 4-1-2010, la valoración que había de realizarse con fecha 31 de diciembre de 2009 "del contrato de referencia acordado entre nosotros" llevaba a un cargo por importe de 8.415,49 €.

7º- El día 15 de enero de 2010 el actor -valga decir, el letrado por él designado- cursó un burofax a la demandada en el que calificaba el aludido contrato de abusivo, pretendiendo de ese modo su anulación *ab initio*, deshaciendo con ello las consecuencias que había tenido si coste alguno.

SEGUNDO. Ese propósito manifestado extraprocesalmente es el que reitera el actor en su demanda, en la que parte de la afirmación esencial de que convino el contrato mencionado en la creencia de que lo que se le ofrecía era un seguro de carácter gratuito destinado a cubrir el riesgo de subida de los tipos de interés que pudiera afectar al aludido préstamo hipotecario. Creencia que habría sido provocada por la actuación de la demandada ocultando que en realidad bajo esa apariencia estaba concertando un negocio en el que asumía una operación financiera de importante riesgo del que no fue oportunamente informado y de la que, además, no podría desprenderse sino es satisfaciendo una importante suma de dinero, ello pese a que ni siquiera de los términos de aquella operación se desprende una consecuencia como la expresada, en cuanto no es posible saber el coste que representa ponerle término de manera anticipada. Afirmaciones todas ellas que le llevan a sostener la existencia de error y dolo en la formación del consentimiento prestado y, con ello, la

ineficacia del contrato, para pretender de ese modo anular sus consecuencias dejando sin efecto los cargos y abonos antes mencionados.

Y a ese propósito se opone la demandada para sostener que los términos de lo pactado son claros y precisos, de manera tal que ni es posible que generen confusión con un pretendido contrato de seguro, ni con ello habría existido error alguno en su concertación, y si por el contrario un pleno conocimiento por el actor de aquello que asumía en la medida en que su experiencia financiera se lo permitía, y, a su vez, una asunción de sus consecuencias sin mayores reparos hasta el momento en que, por efecto de una bajada de los tipos de interés que resultaba imprevisible en el momento de concertar el contrato, lo que hasta entonces se había mostrado en un resultado positivo para el cliente vino a convertirse en cargos frente a los que ahora se pretende reaccionar, desconociendo con ello la actuación que siguió con anterioridad. A lo que añade, en fin, que no existe tampoco indefinición alguna de las consecuencias que habría de tener la cancelación anticipada de la permuta, ello con la precisión de que las mismas no pueden ser determinadas con exactitud de antemano.

TERCERO. Las pruebas periciales que una y otra parte han aportado permiten conocer el objeto del debatido contrato, así como la trascendencia económica que tienen sus previsiones, tanto en lo que concierne a los momentos en que éstas se desenvuelven con normalidad, cuanto en el instante en que eventualmente el interesado pudiera tener el propósito de desvincularse de él. Y en este sentido ha de advertirse que, fuera de la contemplación jurídica, que no económica, de sus previsiones, y de ciertos aspectos que en realidad son puramente nominalistas, las afirmaciones de esos respectivos informes vienen a ser coincidentes en la exposición sustancial de las consecuencias del contrato, de la que resulta:

a) el contrato (o lo reiteradamente aludido como "producto") denominado comercialmente "contrato de permuta financiera de tipos de interés o IRS", es una muestra de los conocidos en el ámbito financiero como "swap" (en inglés, cambio o intercambio) o simplemente permuta financiera, en cuya virtud las partes acuerdan satisfacerse recíprocamente la liquidación que resulte de la diferencia que pueda existir en cada momento convenido entre los valores que hayan empleado para definirla. Y, en este caso, ese intercambio se realiza sujetándose el cliente al abono o percibo de la cantidad que resulte de la aplicación de un tipo de interés fijo (4,705%) en tanto la entidad lo hace a un tipo de interés variable referido al Euribor a 12 meses, en uno y otro caso aplicados sobre el nominal que se ha convenido ("nacional" o, según las condiciones generales la "cantidad especificada en la correspondiente divisa, recogida en el anexo y especificada como tal y que podrá ser un importe teórico o el importe de un activo subyacente y sobre la que se aplicará en la cifra vigente en cada periodo los tipos de interés fijo y variable de referencia para el cálculo de la liquidación

correspondiente para cada periodos de "liquidación contratado"), de manera tal que la diferencia que media entre la cantidad fija -es decir, la que resulta de aplicar sobre el "nocional" el tipo de interés fijo- y la variable -en el mismo sentido con la aplicación del interés variable- es el resultado que, en definitiva, ha de abonar el banco al cliente, caso de que el tipo variable supere en el momento de la liquidación al fijo, o el cliente al banco en la situación inversa. Con ello, pues, es llano que las consecuencias económicas que puede producir el contrato en cada momento dependen directamente de las variaciones que experimente el tipo variable que se toma como referencia y, por tanto, presenta una característica de aleatoriedad evidente. O, si así se prefiere, un riesgo indudable desde el momento en que se introduce una variable que, por lo que el mercado muestra, está sujeta a constantes oscilaciones. En fin, en este apartado y a estos efectos, ha de significarse que carece de mayor relevancia la afirmación introducida en la ampliación del informe pericial aportado por la demandada con la que se pretende desvirtuar la del contrario para señalar que no cabe hablar aquí de que el cliente paga un interés y recibe otro, ni tampoco de intereses a favor o en contra del mismo, cuando lo dicho no pasa de ser una diferencia puramente semántica que en nada empaña la realidad expuesta, esto es, que lo que en cada momento se paga o recibe -indudablemente esa es la consecuencia económica que puede tener cada parte- está en función directa del tipo de interés variable vigente y señalado conforme a las pautas fijadas en el contrato ("tipo de interés variable de referencia (en % anual) tomado dos días hábiles antes del inicio de cada periodo de liquidación, según el calendario TARGET publicado por el Banco Central Europeo").

b) cuando, como aquí ocurre -la proximidad temporal entre los contratos lo muestra -, la contratación de ese "IRS" aparece unida a la concertación de un préstamo hipotecario a interés variable la finalidad del primero puede relacionarse con la del segundo, una vez que las variaciones que pudiera experimentar ese tipo serían susceptibles de quedar a cubierto con la aplicación de aquella permuta, de manera tal una eventual subida del Euribor -y, por tanto, también del importe que ha de satisfacer el cliente por el préstamo- se vería en apariencia compensada con el abono que recibe del banco en aplicación de ese "IRS"; en tanto que, una eventual bajada de los tipos de interés -por tanto, también del importe que ha de satisfacer el cliente por el préstamo- sería también en apariencia compensada por el cargo que ha de soportar el cliente a resultas de esa variación. Esa es la equivalencia y bondad de propósito que atribuye la demandada al cuestionado negocio para destacar de esa manera una aparente neutralidad de sus consecuencias como la expresada. Lo cierto es, sin embargo, que esa afirmación carece de cualquier refrendo en la prueba, pues, ni se aporta cálculo alguno que permita alcanzar esa hipotética correspondencia, ni en cualquiera de los informes periciales se alude a ese extremo aportando datos ciertos que permitan tener por probado que aquella aparente bondad es tal, y, por tanto, que cualesquiera que sean las variaciones del tipo, al alza o a la baja, el interés patrimonial del cliente quede siempre a resguardo. Cosa que desde luego ha de ponerse en duda cuando es llano que, como



61 J O N

incluso reconoce el perito designado por la demandada, los momentos temporales en los que se realiza la liquidación de cada uno de los contratos, la determinación del tipo de interés aplicable, y los importe sobre los que se aplican no resultan coincidentes en ambas operaciones, por lo que, todo lo más, lo que permitiría el producto sería una aproximación, que, como queda indicado, ni siquiera es posible conocer a fin de tener por probada aquella sustancial coincidencia a la que se alude en la contestación. Y ha de advertirse, además, que a esos fines no es posible conceder mayor relevancia a la afirmación -sostenida por la demandada en sus conclusiones al hilo del devenir de la prueba- de que en el momento en que se produjo la bajada de los tipos la demandada prescindió de aplicar la tasa mínima de interés ("suelo") prevista en el préstamo hipotecario en aras a lograr aquella equivalencia, cuando ha de notarse que ese hecho estaba ausente en sus alegaciones, como ausente estaba también en las del actor la referencia a la trascendencia de aquel límite, por lo que, como hechos ajenos al debate entablado con esas alegaciones, no pueden entenderse comprendidos en el objeto del proceso.

c) en fin, y en lo que concierne a las consecuencias económicas que tiene para el cliente el ejercicio de la posibilidad de cancelar el producto antes de la fecha de finalización prevista y que expresamente se le reconoce en el contrato, tampoco existen en realidad y en lo esencial mayores discrepancias entre ambos informes periciales para averiguar y constatar de dónde ha de resultar el importe de 8.415,49 € que, como valoración a fecha 30-12-2009, señala el documento aportado con la demanda (nº 4), pues, con independencia de las distintas fórmulas que contienen (en un caso, con la concreción de la que ha sido aplicada para obtener aquel importe con un cálculo no exento de complejidad, en el otro con la simple expresión de que en realidad la mecánica es la misma con la que se hacen las liquidaciones periódicas), en lo que ambos convienen es en afirmar que en ese cálculo ha de tenerse presente el importe del nominal o "nacional" de la operación, el plazo restante hasta el vencimiento pactado, el tipo fijo pactado, y, además -son palabras del informe aportado por la demandada-, "los tipos de interés estimados a partir de las condiciones de mercado existentes en la fecha de revisión de la operación", y a los que finalmente, y según los términos del mismo informe, se aplicaría la correspondiente actualización "multiplicando dichos flujos (liquidaciones) por los llamados factores de descuento (FD) que traen a valor presente flujos de caja cobrados o pagados en el futuro". Expresiones éstas que se desarrollan por el perito en el juicio para aclarar, por una parte, que esos factores de descuento se fijan de acuerdo con un cálculo matemático universal y absolutamente conocido en la práctica económica; y, por otra, que aquella estimación se realiza tomando los índices de referencia publicados por el Banco Central Europeo para el Euribor al plazo de que se trate. En fin, y en conclusión, lo que resulta claro a la luz de esas explicaciones es que en el contrato lo que no se contiene es precisamente cualquier aclaración sobre el desarrollo que han de tener esos cálculos a los que se refieren los informes expresados.





CUARTO. El rastro documental que ha dejado la formación de la voluntad del actor al tiempo de suscribir el contrato de permuta financiera de tipos de interés se limita exclusivamente a los documentos más arriba expresados, concretados en la "solicitud de contratación" y el texto del contrato debatido. Fuera de ello, pues, lo único que puede auxiliar para conocer ese proceso de formación de voluntad es la declaración del representante de la demandada, declaración cuyo valor de convicción ha de ser en todo caso atemperado en razón de la ausencia de constancia documentada alguna de varios de los extremos a que se refiere, la imposibilidad de contrastarla con la manifestación del también implicado en la génesis del contrato -una vez que no se ha practicado el interrogatorio del actor-, por la indicada relación de dependencia, y, en fin, por el transcurso de un tiempo lo suficientemente amplio como para matizar el recuerdo sobre todos y cada uno de los detalles de ese trato. Bajo ese prisma, pues, ha de señalarse que de la declaración de quien dirigía la sucursal en la que se concertó el producto en esos momentos se extrae: - que fue el demandado quien se dirigió a la entidad para mostrar su preocupación por la constante subida de los tipos de interés que entonces se mostraba y, con ello, por las repercusiones que tenía en el préstamo hipotecario; - que ante esa demanda aquel empleado le puso de relieve la posibilidad de contratar una operación como la finalmente asumida, o, alternativamente, un "cap", que únicamente atendía el riesgo de subida con la satisfacción del importe correspondiente; - que realizó en presencia del cliente distintas simulaciones de la operativa del contrato, contemplando las hipótesis de subida o bajada de los tipos de interés, ello de manera verbal y realizando apuntes "en sucio" que después se rompen por su inutilidad, y, además, manejando para ello una "horquilla" de oscilación de tipos de entre el 4 y el 6 %, ello una vez no se podían hacer previsiones ilimitadas de distintas hipótesis, y, además, porque no existía previsión alguna de que se fuera a producir el desplome de los tipos que finalmente aconteció, de manera tal que "nadie pensó que el euribor iba a bajar, por eso se firmó"; - que explicó las consecuencias de la cancelación de una manera similar a la operativa del contrato, de manera tal que esos efectos dependerían de las condiciones que fijara el mercado en cada momento; - que ese "producto" comenzó a comercializarse entre clientes particulares entre los años 2006 y 2007, y para realizar esa tarea contó con una formación en la propia empresa con un curso de aproximadamente una semana de duración, todo ello para una modalidad contractual cuya aplicación "no requiere un conocimiento muy elevado"; - y, en fin, que una vez que se produjo aquel brusco descenso, y viendo las consecuencias que ello tendría en la liquidación derivada del contrato, el actor se dirigió al aludido representante para manifestar su desacuerdo ("esto no es lo que me dijiste").

QUINTO. La exposición del marco normativo en el que se desenvuelve una relación como la aquí cuestionada pasa por la afirmación, en primer término, y en un nivel elemental (y no por ello menos decisivo para la respuesta que merece esta controversia), de que el consentimiento, como elemento esencial de todo contrato (art. 1.261.1º y 1.262 del Código



Civil) tiene como presupuesto fundamental el conocimiento cabal y completo de sus elementos esenciales, y, particularmente, por lo que aquí importa, de lo que constituye su objeto, de manera que quien se presta a asumir determinados derechos y obligaciones por mor del contrato sea realmente consciente del alcance de lo que acepta y consiente. Y, a la vez, ni que decir tiene que cuando, como aquí ocurre, el contenido del contrato aparece previamente determinado por uno de los contratantes sin posibilidad alguna de alteración (eso es lo que resulta de la declaración del representante de la entidad, en evidente correspondencia con lo que muestra el tráfico mercantil en el sector) la posibilidad de alcanzar ese conocimiento cabal y completo solo puede materializarse cuando quien redacta y ofrece ese contenido cumple con un deber elemental -sin duda, derivado de la buena fe que impone el art. 7.1º del Código Civil- de ofrecer una información detallada y precisa sobre el mismo de manera tal que el cliente pueda realizar una representación ajustada a la realidad y, con ello, optar por contratar o desistir de hacerlo.

En segundo término, y en ese mismo plano elemental, lo anterior ha de completarse para señalar que el principio de libertad contractual invocado por la demandada y asentado en el art. 1.255 del Código Civil no significa otra cosa distinta de la capacidad que ofrece el ordenamiento a los firmantes para conciliar sus intereses dando al contrato aquel contenido, extensión o alcance que tengan por conveniente, lo que, de nuevo, está sujeto a la misma afirmación elemental de que el ejercicio de esa libertad de pacto tiene como presupuesto esencial el conocimiento de aquel alcance, de manera tal que, con esa representación suficiente, el interesado pueda optar, no por intentar conciliar esos intereses negociando la extensión de esas obligaciones, sino simplemente aceptar unos pactos y condiciones que, en todo caso, están sujetos a los límites que señala el precepto mencionado: la ley, la moral o el orden público. No se discute, pues, que exista aquella libertad de pacto, que no se han superado los límites recogidos en aquel precepto, ni que el contrato haya sido suscrito de manera voluntaria, sino simplemente si aquel consentimiento se ha prestado con un conocimiento suficiente de lo que entonces se convenía.

A su vez, dentro de esos límites legales a la libertad de pacto ha de hacerse mención, en primer lugar, a los que resultan de la aplicación de la normativa de tutela de los intereses de consumidores y usuarios, una vez que la condición del actor es precisamente la de destinatario final de ese servicio bancario y éste se presenta como algo ajeno a cualquier actividad empresarial desarrollada por aquel. Y, en ese sentido, aquellas obligaciones elementales derivadas de la buena fe contractual vienen a concretarse en términos más rigurosos como los que contempla el art. 60 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, en el que puede leerse que "antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara,

