



JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1
GIJON

SENTENCIA: 00228/2010

Juicio ordinario 514/2010

En Gijón a 20/12/2010.

El Sr. D. PABLO FAUSTINO DE LA VALLINA MARTÍNEZ DE LA VEGA, Magistrado juez del Juzgado nº1 de Primera Instancia del Partido Judicial de Gijón, habiendo visto los presentes autos de JUICIO ORDINARIO 514/2010, seguidos ante este juzgado a instancia de D. , representado por el Procurador D. JAVIER GOMEZ MENDOZA y asistido por el letrado D. MARCELINO TAMARGO MENENDEZ, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA., representado por el procurador D. JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, y asistido del letrado D. CARLOS LOPEZ TOABADA, en solicitud de declaración de nulidad con devolución de prestaciones del contrato de permuta de interés financiero (swap) celebrado con entre las partes en fecha 14/9/2009.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por D. , se presentó demanda de juicio Ordinario frente al BANCO POPULAR, en solicitud de declaración de nulidad por vicio de consentimiento con devolución de prestaciones del contrato de permuta de interés financiero (swap) celebrado con entre las partes en fecha 14/9/2009.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado para que contestase a la demanda en el plazo de veinte días, compareciendo la demandada, quien se opuso a la misma, alegando la validez del contrato celebrado.

Tercero.- Tras la contestación a la demanda, se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa, en la que no se llegó a un acuerdo, y una vez resueltas las excepciones procesales planteadas, se admitieron las pruebas propuestas por las partes, DOCUMENTAL, PERICIAL y TESTIFICAL, tras lo cual se citó a las partes para la celebración del juicio Oral.

Cuarto.- En el acto del juicio Oral se ratificó en su demanda la demandante, oponiéndose los demandados en los términos antes referidos, tras lo cual se practicó las pruebas en su día admitidas, con el resultado que obran en autos formulando las partes sus conclusiones, quedando el juicio concluso para sentencia.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se reclama por el actor la nulidad de un contrato de permuta de interés financiero (swap) celebrado con la entidad demandada en fecha 14/9/2009, con un capital nominal de 127.000 € y con vencimiento el 15/11/2011 y tipo de interés de referencia de 4,726% y tipo de interés variable Euribor a 12 meses. Resultado la reclamación del actor basada en vicios de consentimiento sufridos por el actor y subsidiariamente la existencia de cláusulas y abusivas que han ocasionado unos daños desproporcionados al actor. Solicitando la demandante la devolución de las prestaciones que hubiera de abonar en virtud del citado contrato con devolución de las que hubiera de percibir, siendo a fecha de la demanda las mismas dos cargos abonados por el actor al demandado liquidados el 14/11/2008 y 2009 en un importe de 664,64 €. Liquidación esta última que no discute el demandado.

Segundo.- El contrato de permuta de interés financiero como el de autos, es un contrato atípico, aleatorio, lícito , que respecto de un capital nominal ficticio o de referencia (nominal) y un tipo de intereses de referencia normalmente fijo , pactan las partes abonarse respectivamente a una o varias fechas concretas la diferencia entre el tipo de interés de referencia y uno real variable y determinable en cada momento en los mercados financieros, todo ello respecto del capital nominal; de tal modo que si suben los tipos de interés en el mercado respecto del tipo fijo pactado un contratante paga y el otro recibe la diferencia de los intereses antes descritos, y si bajan los tipos de interés respecto del pactado las prestaciones se vuelven inversas.

Este contrato puede autónomo de cualquier otro, en cuyo caso es un contrato puro y netamente especulativo a juicio de este juzgador, ya que no deja de ser una apuesta a favor o en contra del mercado o evolución del tipo de interés. O bien se puede pactar como derivado o complemento de otro celebrado entre las partes, de intereses variables (préstamo, crédito etc...), en cuyo caso los contratantes se intentan proteger bien de las subidas o bajadas del tipo de interés del contrato de tipo de interés variable.

Este juzgador hasta la fecha y entendiendo este tipo de contrato desde el punto de vista del consumidor y quizás debido al lenguaje utilizado por las entidades bancarias, entendía este tipo de contrato como instrumento o aseguramiento, sin ser propiamente un seguro, (al no reunir los requisitos que establece la ley de contrato de seguro), - por el cual los consumidores o empresarios que tenían un préstamo a interés variable con las entidades bancarias-, para protegerse ante las subidas de tipo de interés en situaciones en que los intereses estaban en una situación alta, incierta o con importes esperanzas de subida de tipos de interés. No obstante tras la declaración del perito de la entidad demandada, perito que explicó el tipo de contrato, este juzgador ha llegado a la conclusión y así lo ratifica el propio perito del demandado, que el contrato objeto de autos, no tiene como finalidad en exclusiva lo que alega el demandado, proteger al cliente bancario que tiene un préstamo a interés variable, frente a las subidas de tipos de intereses, sino que tiene una doble vertiente, una la antes aludida y la otra proteger a la entidad bancaria, también beneficiaria del contrato de Swap, y generalmente de aquel que

complementa el Swap, ante las bajadas de los tipos de interés, tal y como ha sucedido en este caso concreto. De tal modo que ante la bajada de tipos e interés el banco no se vea afectado en su cuenta de resultados por el menor beneficio de los préstamos o créditos a interés variable, por lo que la celebración del Swap puede llevar a un conflicto de intereses entre la entidad bancaria, y su cliente.

Tercero.- Manifestado lo anterior, y entrado en el fondo del asunto planteado por el actor en su demanda, sin introducir nuevos elementos que no estén reflejados en la misma. Se ha de declarar que el primer motivo de nulidad invocado se basa por parte del actor en vicio de consentimiento basado en el dolo y error. Relacionando ambos vicios de consentimiento al alegar el actor que el error que padece en la celebración del contrato se basa en el comportamiento poco diligente del demandado o que de forma consciente le ha ocultado o no le ha facilitado la información necesaria para saber que estaba contratando. Pero que en todo caso el actor ha sufrido error en su consentimiento. Y subsidiariamente la existencia de cláusulas oscuras que no pueden perjudicar al consumidor.

Cuarto.- respecto de las cláusulas oscuras, una vez leído el contrato este juzgador, solo aprecia oscuridad en la cláusula de resolución contractual, ya que respecto al núcleo del contrato leído con detenimiento dos veces el contrato se puede comprender el contenido esencial de las obligaciones del mismo, apreciándose de la literalidad del contrato que no se fija como se ha de liquidar el contrato. Pero ello a juicio de este juzgador no conlleva la nulidad del contrato, ya que este puede pervivir sin necesidad de esa cláusula oscura, y lo que a juicio de este juzgador permitiría al actor, consumidor en virtud de la normativa de consumidores y ley que regula las condiciones generales de contratación así como las normas del CC., que regulan la interpretación de los contratos, es resolver o liquidar el contrato a coste "0", ya que esta se ha de interpretar en virtud de las circunstancias del caso, al ser redactada por el Banco demandado y la oscuridad de la misma, en la forma que no perjudique o perjudique en el menor modo posible al consumidor, sin embargo como esta solución no ha sido propuesta por el actor no se puede llegar a la misma, so pena de ser incongruente la sentencia.

Quinto.- en lo que se refiere al error, se ha de declarar que para que el error sea un vicio del consentimiento y que permita la declaración de nulidad del contrato de acuerdo con el artículo 1266 ha de 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, y ha de ser según la jurisprudencia excusable a quien lo padece.

El error es a juicio de la jurisprudencia inexcusable cuando pudo ser evitado por quien lo padece empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe.

La diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el

error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 4-1-1982).

A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y 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).

Declarado lo anterior La reciente sentencia de la AP. de la sección 7ª, sección que conocería de un eventual recurso contra la sentencia de este juzgado, de fecha 29/10/2010, tiene declarado que en casos como el de autos (contratación de un SWAP), ante las evidentes notas de aleatoriedad y también en cierta medida, de especulativo, que comporta un riesgo para quien lo concierta con la entidad, se obliga a la entidad demandada a reforzar la exigencia de una información que tienen las entidades bancarias para sus clientes, no siendo suficiente una información genérica del mismo ni remitirse a documentos, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa y se requiere la adecuada y completa información al cliente con carácter previo a la firma un contrato como el presente en el que, una bajada importante de los tipos de interés originan importantes pérdidas, debiendo de informar la actora al cliente de forma completa y adecuada sobre las características de la operación concertada, y de los riesgos concretos del SWAP suscritos.

De forma específica declara la sentencia que ese deber de información ha de extenderse especialmente en casos de que se produjese una importante bajada de tipos de interés, para formar correctamente el consentimiento del actor, indicando la referida sentencia que esa información ha de ser previa a la celebración del contrato y no se subsana con la firma del contrato, todo ello al amparo de los artículo 60.5 del RD 217/2008 artículo 79 de la ley de mercado de valores vigente al contratar actualmente 79 bis 3 y 79 bis y el RD. 629/93.

Esta sentencia enlaza o nos lleva a la conclusión de que, para apreciar esa diligencia exigible, en este caso concreto, hay que valorar si la otra parte coadyudó con su conducta o no al vicio del consentimiento del actor, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Pues debido a los artículos antes descritos y demás concordantes, en el caso de productos de inversión complejos, la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, quien tiene que actuar con la diligencia 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 estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la

ausencia de dicha información, así como de lo previsto en los artículos 79 de la Ley de mercado de Valores y el RD 629/1993. En conclusión en atención a la referida sentencia de la AP., este juzgador alcanza la convicción de que si el vicio en el consentimiento del actor o error alegado está fundado en una quiebra de los deberes de información adecuada y completa del demandado, la acción del actor debe de prosperar, a salvo en todo caso que el cliente del banco fuera un inversor avezado o que conociera con carácter previo al contrato o en el momento de su firma en qué consistía el mismo, y en particular sus riesgos para el cliente bancario, ya que en caso contrario no existiría error o no sería excusable. De tal modo que no es suficiente el incumplimiento del banco del deber de información para que de lugar a la nulidad interesada, ya que de lo contrario el legislador así lo habría declarado, al igual que lo declara en el artículo 7 de la Ley de crédito al consumo para la falta de forma escrita de los contratos de crédito o asimilados al consumo, y porque este juzgador entiende que la nulidad de los contratos solo se da en aquellos supuestos expresamente previstos en la Ley o por causas prevista en la Ley, y en relación a este caso por el vicio del consentimiento, no por la simple quiebra del deber de información.

Quiere continuar este juzgador aclarando a los efectos de dar claridad al asunto ya declarado que tal y como ha declarado la jurisprudencia ya expuesta, el error como vicio de consentimiento, implica tres requisitos: el primero el error, el segundo que sea sustancial y el tercero que sea excusable. Y que puede que se den los presupuestos para que un posible error sea excusable, pero que este no se produzca o no sea sustancial. Así como que exista error pero este no sea excusable o sustancial

En consecuencia la quiebra del deber de información por parte del Banco a través de sus empleados o ayudantes, para con el cliente en la forma y modo que prevé la jurisprudencia, convierte a juicio de este juzgador el posible error en excusable, pero cosa distinta es la existencia del error. Así tanto los letrados de este procedimiento o este juzgador e incluso el demandante en el momento actual del plenario de este juicio después de todo lo que sabemos respecto al contenido de este contrato, o cualquier inversor que sepa lo que está contratando, aunque el banco no le informe del contenido del contrato en la forma que parece exigir la sección 7ª de la AP. de Asturias en la resolución ya dictada, pese a la posible existencia del deber de información del Banco, no sufriríamos error o vicio en el consentimiento, si en esa situación se hubiera celebrado el contrato, y si el cliente pese al déficit de información sabe o debe de saber los que está contratando y el posible riesgo que se deriva del contrato a juicio de este juzgador no existirá el error. De tal modo que se ha de distinguir la quiebra del deber de información que puede conllevar a un error del carácter de excusable a un posible error como vicio de consentimiento del propio vicio de consentimiento. Preguntándose este juzgador ¿el incumplimiento del deber de información por parte del banco en la forma legal o en su contenido, debe de presuponerse de forma necesaria que exista el error?. y en el caso de ser la respuesta afirmativa habría de preguntarse ¿en todos los casos?. A juicio de este juzgador no, ya que la

jurisprudencia excluye al inversor avezado, entendiéndose este juzgador que inversor avezado es tanto aquel que por su actividad o conocimientos debía de saber el contenido y efectos del contrato firmado como aquel que a pesar de no tener tal carácter sabía el contenido del contrato por cualquier circunstancia, así si al actor en el momento actual no ha de ser considerado un inversor avezado en un sentido estricto de su significado si a fecha del día del hoy celebrara un nuevo contrato como el de autos no sería razonable que se le admitiera el error en el nuevo contrato, pese a que la información por parte del banco siguiera inmutable, porque es sabedor del tipo de obligaciones que se derivan para este contrato. Es por ello que procede analizar en este caso concreto, que información suministró el demandado al actor antes de la celebración de este contrato y si el actor sabía lo que estaba contratando.

Quinto.- en el caso concreto de autos se ha de declarar que el actor es empleado de , empresa siderúrgica, y no consta en autos que tenga unos conocimientos especiales en materia de contratación bancaria. Se declara asimismo por el Sr. Corbí empleado de la demandada que intervino en las negociaciones del contrato objeto de autos, y lo celebró con el actor que no existió información documental previa al acto de la celebración del contrato de autos, declarando el señor Corbí que efectuó con el actor diversas simulaciones del contrato con subidas y bajadas de tipos de interés, así como le informó del contenido del contrato, en particular de lo que sucedería si subían o bajaban los tipos de interés.

Partiendo de las anteriores premisas se ha de afirmar que el contrato objeto de autos ha sido analizado por distintos juzgados y audiencias, y no en todos los casos se llega a la misma conclusión. Existiendo al respecto diversas opiniones jurisprudenciales.

Este juzgador ya se ha pronunciado en el juicio ordinario 422-10, que a juicio de este juzgador el contrato no es tan oscuro como quiere hacer ver el actor; quizás por los conceptos que se utilizan desconocidos para el cliente deba de ser leído el mismo varias veces; este juzgador así lo ha necesitado, pero una vez leído varias veces se entiende el objeto del contrato. Y ello aunque la indemnización por resolución no esté del todo clara en el contrato tal y como se ha declarado anteriormente en esta sentencia.

No obstante en el caso de autos, se ha de tener en cuenta que el actor a diferencia de la demandante en el otro caso ya analizado no tiene acreditada una actividad de tipo intelectual, ni se le presupone unos estudios cualificados de tipo intelectual, al ser un operario de una empresa siderúrgica y sobre este extremo no existe prueba. Es por ello que el deber de información al actor aún debía de haberse reforzado más que en el otro caso tal y como se desprende de la Ley de mercado de valores (artículo 79) y RD629/1993 en el artículo 5 de su anexo. Sin informarle el demandado que si los tipos de intereses subían cobrara el actor por el contrato de autos, y si bajaban pagaba el cliente, efectuando simulaciones, sin justificar el demandado que la situación como la existente en la actualizada de bajada importante de

los tipos de interés desde la celebración del contrato y de una forma duradera le fuera explicada al cliente.

Manifestado lo anterior nuevamente se encuentra este juzgador ante el mismo dilema, la única prueba que aporta la demandada, a quien le recae la carga de acreditar que cumplió con su deber de información, y que el actor sabía lo que contrataba, ya que de lo contrario el demandado debería de probar un hecho negativo, así como por aplicación del artículo 217 de la LEC., es la declaración del corredor o agente que intervino con el actor en la celebración del contrato. A este respecto es cierto que en sentencia previa se ha declarado la suficiencia de la declaración del Sr. Corbí, pero en el presente caso a la luz de la sentencia 462/2010 de la sección 7ª de la Audiencia provincial, de Asturias, y el tipo de actividad a que se dedica el demandante, se ha de cambiar el pronunciamiento y declarar que al amparo de esa sentencia que esa información verbal del Sr. Corbí, no documentada, y en los términos expuestos en juicio, no ha de considerarse suficiente a los efectos de haber informado al actor y ello debido a que el Sr. Corbí solo alega haber informado verbalmente al actor de que si bajan los tipos de interés el demandante debía de abonar liquidaciones a favor del banco, y que si los tipos de intereses subían respecto del pactado el banco pagaría, sin especificar las concretas simulaciones que se dicen efectuadas, no obstante, siguiendo el argumento de la sentencia de la AP. de Asturias nº 462/2010, sección 7ª, se ha de exigir no solo información general o simulaciones con variaciones de tipos de interés tal y como alega el sr. Corbí, sino que se informe expresamente de los riesgos del contrato ante una bajada de los tipos de interés como la que se ha producido, no siendo suficiente que se informe con carácter general de los efectos de subidas y bajadas de los tipos de interés.

Es por ello que no desprendiéndose de las declaraciones del Sr. Corbí que se hubieren explicado de forma específica de los riesgos para el actor de unas bajadas de tipos de interés, parece deducirse la quiebra del deber de información, asimismo quiere destacar este juzgador que la declaración del Sr. Corbí en este caso es idéntica del otro asunto ya enjuiciado, por lo que parece una declaración preparada específicamente para este proceso, debiéndose de destacar que a todos sus clientes parece ser que el Sr. Corbí les efectuó simulaciones, pero no guarda ninguna y los demandantes que solicitan el amparo judicial frente al contrato suscrito con el banco Popular con intermediación del sr. Corbí, respecto de quienes con criterio o estrategia procesal el banco popular no solicita su declaración, para así solo oír a uno de los intervinientes en el contrato (el sr. Corbí), alegan en su demanda que el sr. Corbí no les informó correctamente para saber lo que

contrataban, y este juzgador sabe por tenerlos en este juzgado, y haberlo comentado con sus compañeros, que el banco Popular tiene numerosas pólizas como la de autos, impugnadas judicialmente, celebradas por el Sr. Corbí, en la que se alegan por los clientes del banco que no se les informó por el Sr. Corbí de la situación actual de esa pólizas, ante la bajada de tipos de interés. Es por ello que se deba de poner en seria duda la declaración del sr. Corbí, así como declararla insuficiente para acreditar que el demandante sabía lo que estaba contratando.

Pero aun cuando la información del Sr. Corbí alegada en autos fuere cierta y se extendiera a lo que parece exigir la AP., no obstante el deber de información que se ha de exigir debe de ser en parte por escrito, tal y como se evidencia del Artículo decimonoveno Del Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, tal y como se pone de manifiesto en la sentencia dictada en fecha 19/11/2010 del juzgado de primera instancia nº 3 de esta localidad, por lo que la carga de la prueba para el demandado en caso de haber habido una información adecuada no sería muy onerosa, artículo que bajo la denominación Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios., establece que 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.

Y en el presente caso de la oferta vinculante de la hipoteca, efectuada el 16/11/2006 a la actora, no se evidencia que se hubiera informado al actor por escrito con carácter previo a la celebración del contrato objeto de autos, ni de las características del SWAP contratado ni del CAP, que el Sr. Corbí alega haber ofrecido al actor. Es por ello que no resultan suficientes en el presente caso las alegaciones del

Sr. Corbí, para entender que se le informó al actor correctamente.

Acreditado en consecuencia que el demandado no facilitó documentalmente tal y como señala el Sr. Corbí la información del contrato de autos ni otro que tuviere por objeto la cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés variable, y no justificando el demandado que hubiere informado al actor de los riesgos del contrato, en particular la actual situación o un tipo de interés variable tipo "0", se ha de concluir que el actor vulneró el deber de información, y no acredita el demandado que el actor sabía lo que estaba contratando y en particular su riesgo.

Asimismo que el sr. Corbí no ha informado correctamente al actor del tipo de contrato celebrado, se desprende de las propias declaraciones del Sr. Corbí. En ellas se afirma que a petición del actor, se le ofreció al actor este producto SWAP junto a CAP, producto similar que protege frente a las subidas de los tipos de interés a cambio de una prima, sin efectos este último ante las bajadas, para protegerse de la subida de los tipos de intereses de su préstamo hipotecario, y que la hipoteca del actor a la cual se vincula materialmente el contrato impugnado no tiene techo, informando así al actor.

Sin embargo de la lectura de la propia hipoteca, se aprecia en la estipulación primera g) página PB2517091 del préstamo hipotecario se pone de manifiesto que el interés máximo a aplicar a la hipoteca es de 8,75 %, circunstancia esta negada por el Sr. Corbí quien dice que ese interés es a los efectos de mora, cuando el interés moratorio del 12,750 % anual viene fijado en el folio vuelto antes descrito de la hipoteca (estipulación 1,8), de este modo se pone de manifiesto que la quiebra del deber de información y lealtad del banco para su cliente. Y ello porque ante la alarma del actor por la subida de tipos de interés, el banco no le recuerda a su cliente que su hipoteca tiene "techo" de intereses remuneratorios y le ofrece el producto contratado, de marcado carácter especulativo, que solo le protege en lo que respecta a la hipoteca del actor, que era el motivo de su contratación, hasta un límite, y no se le explica esta situación al actor, circunstancia que se infiere de las propias declaraciones del sr. Corbí quien afirma que ese techo no existe, por lo que se dan asimismo circunstancias para poner en entredicho las declaraciones del sr. Corbí en este proceso, por no coincidir con la documental obrante en autos.

Por último acreditado la quiebra del deber de información, también existen en autos elementos para afirmar que el actor sufrió el vicio de consentimiento que alega, no solo por las contradicciones ya expuestas en la declaración del sr. Corbí con la realidad del préstamo hipotecario del actor, sino porque haciendo suyo el demandado en el trámite de conclusiones, la reclamación del actor ante el Banco de España, a los efectos de dar a entender que el actor sabía lo que estaba contratando, se ha de concluir en base a la misma que el actor no sabía lo que contrataba, ya que en el referida reclamación el actor afirmaba que lo que había contratado suponía que tenía que abonar una cuota lineal por ambos

contratos de unos 722 €/mes aproximadamente. Cuando en realidad lo que había contratado era un contrato distinto de la hipoteca (cuestión esta resaltada desde un principio por el Banco en este proceso, y en particular en el acto de la Audiencia previa), devengando la hipoteca cuotas mensuales y el SWAP, objeto de autos, una liquidación anual.

Es cierto que en el presente caso el SWAP contratado tiene como objeto complementar a la hipoteca, pero nunca pueden dar lugar a una liquidación conjunta mensual. Es por ello que al haber utilizado el demandado en su trámite de conclusiones un instrumento utilizado por el actor previo a este proceso para intentar clarificar el conocimiento que este tenía de lo contratado, se ha declarado que el citado documento no sirve a la finalidad de la demandada, sino todo lo contrario, ya que del mismo se aprecia que el actor desconocía lo que había contratado y asimismo habiéndose observado en atención a lo ya expuesto una quiebra del deber de información por parte del demandado que hace excusable para el demandante el error padecido, en aplicación del artículo 1266 del CC., procede declarar la nulidad del contrato celebrado entre las partes por vicio de consentimiento del demandante, con recíproca restitución de las partes de las prestaciones.

Sexto.- En materia de costas, es cierto que la cuestión planteada pudiere ser una cuestión compleja, pero a la fecha del juicio oral, es una cuestión ya analizada y resuelta en sentido favorable para los usuarios por la AP de Asturias, sección 7ª, en sentencia conocida por ambas partes en los términos ya expresados, sección que ambas partes saben, bien por medio de su procurador o letrado, que conocerá de un eventual recurso de apelación de esta sentencia por estar adscritos este juzgado como todos los de instancia de este partido judicial a la citada sección con sede en Gijón, para conocer de un eventual recurso de apelación. En consecuencia las dudas respecto de las cuestiones planteadas y requisitos exigidos para mantener la validez del contrato en el ámbito de la Audiencia provincial, debían de haberse despejado para las partes antes del juicio, y en aras a ello, así como por ser pauta de este juzgador actuar en este sentido, se intentó un acuerdo antes el inicio del juicio oral. Acuerdo al que no se llegó, a juicio de este juzgador por la postura inmovilista del Banco demandado de querer hacer valer el contrato, es por ello que procede aplicar el principio objetivo del vencimiento del artículo 394 de la LEC., y en consecuencia la expresa condena en costas de la demandada.

Vistos los artículos anteriormente, concordantes y demás de pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada por D.
 . representado por el Procurador D. JAVIER GOMEZ MENDOZA y asistido por el letrado D. MARCELINO TAMARGO MENENDEZ, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA., representado por el procurador D. JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, y asistido del



letrado D. CARLOS LOPEZ TOABADA, en solicitud de declaración de nulidad con devolución de prestaciones del contrato de permuta de interés financiero (swap) celebrado con entre las partes en fecha 14/9/2009. Debo de declarar la nulidad del referido contrato condenando a las partes a la devolución de las prestaciones percibidas por el citado contrato.

Así por esta sentencia, lo pronuncio lo mando y lo firmo.

Modo de impugnación: mediante recurso de **APELACIÓN**, ante la Audiencia Provincial (art. 445 de la LEC.), que se preparará por medio de escrito presentado ante este juzgado en el plazo de CINCO DIAS hábiles, contados desde el siguiente de la notificación, limitándose a citar la resolución apelada, manifestando su voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (art. 457.2 LEC).

PUBLICACIÓN. Leída y Publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrada audiencia publicada en el mismo día de su fecha, doy fe en Gijón.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.





DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

