

SENTENCIA

En Gijón, a 10 de Enero de 2.011.

Vistos por Sergio García García, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 11 de Gijón, los autos correspondientes al juicio ordinario N° 429/10, en ejercicio de acción de declaración de nulidad contractual, instados por D° , representado en juicio por el Procurador D° Luis Indurain López y defendido por el Letrado D° Marcelino Tamargo Fernández, contra "Banco Popular Español, S.A.", representado por el Procurador D° Juan Ramón Suárez García y asistido técnicamente por la Letrado Dª Ana Pangua Menéndez.

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Por el Procurador de los Tribunales, D° Luis Indurain López, en nombre y representación de D° , se formuló, en fecha 12 de Abril de 2.010, demanda de juicio ordinario contra "Banco Popular Español, S.A.", en la que ponía de manifiesto la suscripción con el demandado de un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda, así como, ulteriormente y a instancia de la entidad de crédito, de un contrato de permuta financiera de tipos de interés que, en realidad, no había sido ofertado como tal sino como un contrato de seguro que protegiera al actor de las subidas del euríbor, y cuya cancelación podría implicar, pese a su ofrecimiento como gratuito para el cliente, el cargo en su cuenta de la cuantía de dicha cancelación, por importe de 8.512,84 euros; por ello, y ante la existencia de un vicio en el consentimiento prestado por el demandante a la operación, que dimanaría del carácter equívoco de la oferta realizada, de la falta de la debida información suministrada por la entidad de crédito sobre las características del contrato, y de la ausencia de una constatación por parte de ésta de la idoneidad de la actora para la formalización del mismo, suplicaba a este Juzgado que, previa la admisión a trámite de la demanda, se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés concertado entre las partes el día 27 de Abril de 2.007, procediéndose a la recíproca restitución de las prestaciones que hubieren sido objeto del mismo, con sus frutos, y del precio con sus intereses, y a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato; y todo ello, con expresa imposición de las costas del procedimiento.

**SEGUNDO.** Admitida a trámite la demanda, y teniéndose por parte al indicado Procurador en la referida representación, se dio traslado de la misma al demandado, "Banco Popular Español, S.A.", para contestación, en la que negaba la existencia de un vicio en el consentimiento del demandante: en primer término, por la prestación de la debida información



sobre el producto previa a su contratación, habiendo sido concertado para dar cobertura a las posibles subidas de los tipos de interés a aplicar al préstamo hipotecario previamente concertado; y en segundo lugar, por los claros términos del contrato, denominado de "permuta de tipos de interés" tanto en el mismo como en su solicitud previa, sin alusión alguna a un seguro o a los elementos característicos de éstos, tales como la prima o los riesgos objeto de cobertura, y en cuyo clausulado se establecían de forma comprensible los tipos a abonar por cada una de las partes, así como su compensación y la posibilidad de saldos negativos en perjuicio del cliente, y también la existencia de riesgos derivados de la evolución de los tipos de interés, y la facultad de la entidad de crédito de repercutir al cliente, en caso de cancelación, los gastos en que aquélla pudiera haber incurrido; por todo ello, y tras poner de manifiesto la inaplicabilidad de la normativa "M.I.F.I.D.", dada la fecha de conclusión del contrato, la inexistencia de desequilibrio en las prestaciones de las partes dimanantes del mismo, al compensarse las posibles liquidaciones negativas con una correlativa reducción del importe de los intereses del préstamo, y alegar que el error en el consentimiento solo se verificó cuando se computaron pérdidas para la actora como consecuencia del mismo, suplicaba la desestimación total de la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.

**TERCERO.** En fecha 13 de Julio de 2.010 se procedió a la celebración de la Audiencia Previa al juicio, en la que, ante la falta de avenencia de las partes sobre la cuestión objeto del presente litigio, se instó la prosecución del acto, y tras la fijación por las partes de los hechos objeto de controversia, éstas propusieron las pruebas necesarias para su defensa, siendo admitidas las declaradas pertinentes y útiles, señalándose para la celebración del juicio el día 11 de Noviembre de 2.010.

**CUARTO.** En el acto del juicio, se practicó la prueba admitida y declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual las partes formularon sus respectivas conclusiones, siendo declarado el juicio visto para sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **PRIMERO. Acción ejercitada.**

Ejercitada en la demanda rectora de este procedimiento una acción de nulidad del contrato de permuta de tipos de interés, de 27 de Abril de 2.007, concertado entre el demandante, D<sup>o</sup> , y la entidad de crédito "Banco Popular Español, S.A.", dicha pretensión se ampara, desde una perspectiva jurídica, en los preceptos del Código Civil reguladores de los vicios del consentimiento, el general contenido en el artículo 1.265 C.C., según el cual "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", y el específicamente regulador del error, disponiendo el artículo 1.266.1 C.C. que "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen



dado motivo a celebrarlo"; preceptos que han sido desarrollados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de mantener que son tres, por tanto, los requisitos necesarios para su apreciación (S.T.S. de 23-VII-01, 10-II-00, por solo citar algunas de las más representativas):

a) Que sea esencial, porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y especialmente, de la que, de manera primordial y básica, motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste.

b) Que no sea imputable al que lo padece y alega.

c) Que sea excusable, es decir, que no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media, teniendo en cuenta la condición de las personas.

En definitiva, en la conceptualización del error como vicio del consentimiento, se parte de que lo declarado corresponde a lo que internamente quiere el declarante, pero esta resolución interna se ha formado por efecto de una representación que no se corresponde con la realidad, de forma que la ignorancia o una falsa información han inducido al declarante a decidir algo que no es lo que realmente le hubiese interesado.

Es sobre la base de tales elementos sobre la que se sustenta la acción ejercitada por el actor, alegando, ya desde un punto de vista fáctico, el carácter complejo del contrato y la omisión en el mismo de algunas de sus características esenciales, así como la deficiente información recibida de la entidad en orden a los riesgos que pudiera generar la operación en sí; frente a la cual, por la entidad de crédito se niega de modo radical tal pretendida comercialización defectuosa del producto ofertado y el defecto de información aducido de contrario, alegando esencialmente el perfecto conocimiento del demandante sobre dicho producto, y el suministro al mismo de la información precisa para la adopción de la decisión sobre la suscripción de la operación con plenitud de conocimiento.

#### **SEGUNDO. Naturaleza del contrato.**

Sentados así los términos del debate, el examen de la controversia debe partir del propio análisis del contrato concertado. Y a este respecto, el contrato litigioso suscrito por el demandante y el Banco demandado (Doc. N° 2 de la demanda), tal y como por otro lado admitían ambas partes sin que surgiera discusión alguna sobre dicho particular, reúne las características de una permuta financiera de tipos de interés, que cabe definir como aquel contrato en cuya virtud las partes acuerdan intercambiar, sobre un capital nominal de referencia o nocional, los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas, durante un plazo de tiempo determinado.

Cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato bilateral y sinalagmático, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Y 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 aleatoriedad es también una característica resaltable de tal clase de contratos.

Ello adquiere especial relevancia por cuanto que, con independencia de la posible motivación que pudiera conducir a la suscripción del contrato, a cuyo respecto por D<sup>o</sup> Ignacio Corbí Canales, Director de la sucursal en la que se concluyó la operación, se reseñó que, aun cuando en ocasiones la contratación de estos productos puede responder a un estímulo de índole meramente especulativo, no era éste el caso ya que la finalidad perseguida por el cliente obedecía a su preocupación por los tipos de interés a abonar en su préstamo hipotecario y su voluntad de contratar un producto que diera cobertura al riesgo de subida de los mismos, teniendo por objeto la estabilización de tal riesgo, ello no obstante, tal circunstancia no ha de obstar a la apreciación de dos hechos que resultan trascendentes a los efectos que nos ocupan: por un lado, el carácter principal y no accesorio del contrato, pese a su posible vinculación originaria con el contrato de préstamo hipotecario previamente concertado, y que se deriva, tal y como reconoció D<sup>o</sup> Ignacio Corbí Canales y el perito de la demandada, D<sup>o</sup> Vicente Domínguez Munaiz, de su funcionamiento completamente autónomo e independiente; y por otro, y como puso de relieve el perito de la actora, D<sup>o</sup> Cristóbal Verdú Nido, en su dictamen de 1 de Julio de 2.010, la vinculación de sus efectos a las alteraciones que pudiera sufrir el tipo de interés tomado como referencia, lo que necesariamente conlleva un riesgo de generación de perjuicios para el contratante, que resulta incierto en función del mayor o menor grado de alteración que sufra aquél.

**TERCERO. Régimen jurídico del contrato I: normativa bancaria.**

Delimitado, en el sentido anteriormente expuesto, la tipología del producto a que se contrae el objeto contractual, y entrando ya en el análisis de la concreta acción ejercitada, ya indicados en el Fundamento Jurídico Primero de la presente resolución los requisitos y elementos configuradores de la misma, es cierto que, alegado un vicio del consentimiento, dicha alegación no puede desvincularse de las reglas generales sobre la carga de la prueba prescritas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que, en sus apartados 2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup>, establece que "corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda", y que "incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior".

Pero, aún siendo ello así, tal distribución de la carga probatoria se ha de coherer con las peculiaridades que dimanen de la singular tipología del modelo contractual concertado y de la protección que a los contratantes de tal tipo de productos le ofrece el ordenamiento jurídico. Y es que, pese a tratarse de un contrato atípico, y a pesar de la ausencia, por tanto, de una específica regulación legal sobre el mismo, ello no obstante, nuestro ordenamiento jurídico no es en absoluto desconocedor de tales productos o contratos,



ES COPIA

existiendo diferentes cuerpos normativos que, si bien no establecen la regulación de tal modalidad contractual, sí imponen requisitos y pautas de comportamiento para las entidades que procedan a su comercialización.

Tal circunstancia ya se hace patente en el marco de la contratación bancaria, en virtud del especial amparo que los clientes de entidades de crédito ostentan frente a éstas en tal ámbito, de tal modo que en sus relaciones contractuales los clientes puedan obtener la tutela que el principio de transparencia bancaria impone tanto en la fase precontractual como en la propiamente contractual, al tiempo de su formalización. Y en este sentido, ya la Ley 26/88, de 29-VII, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 48.2, y con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, con carácter general sentaba 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.

#### **CUARTO. Régimen jurídico del contrato II: normativa del Mercado de Valores.**

Siendo éste el extenso ámbito de protección que ya la normativa bancaria otorga, a ello ha de agregarse la incardinación del contrato de referencia en el ámbito de la normativa del Mercado de Valores, y en consecuencia, el deber de probanza que incumbe a la entidad de crédito contratante, tanto respecto a la información sobre los términos del contrato, como con relación a la idoneidad del contratante para su suscripción, tal y como se deduce de la legislación vigente en la materia.

De hecho, la Ley 24/88, de 28-VII, de Mercado de Valores, en la redacción vigente a la fecha del contrato, en su artículo 2.b), ya incluía, dentro de su ámbito de aplicación, una serie de instrumentos financieros, entre los que se encontraban los contratos de permuta financiera de tipo de interés, al señalar que "quedan comprendidos en el ámbito de la presente ley...: b) 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".

Y tal inclusión en su ámbito normativo, unido al hecho de la constatación de la existencia de riesgos a la inversión realizada, tal y como se desprende de la propia mecánica del contrato y se advertía por el perito de la actora en el Apartado 1º de su dictamen, indefectiblemente habilita para predicar la operatividad en el presente caso del conjunto de medidas tuitivas de los derechos de los clientes de los servicios de inversión que se incluyen en la misma. Y a este respecto, y aun cuando, dada la fecha del contrato, no resultaran de aplicación las modificaciones introducidas en la Ley de Mercado de Valores por la reforma operada por la Ley 47/07, de 19-XII, que procedía a un desarrollo más



minucioso de las obligaciones y deberes de las entidades prestadoras de servicios de inversión (y ello sin perjuicio de la necesaria interpretación que debe efectuarse del ordenamiento jurídico interno conforme a los principios del derecho comunitario, a cuyo respecto debe ponerse de manifiesto que dicha ley no venía sino a transponer la Directiva Comunitaria 2004/39/CE, tradicionalmente conocida como Directiva "MIFID", muy anterior en el tiempo a la fecha del contrato cuestionado), en cualquier caso ya su anterior redacción ofrecía un amplio marco de protección al cliente que contratara tales servicios; y así, en los artículos 78 y siguientes se venía a exigir, a cuantas personas o entidades ejercieran, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, incluyendo de modo específico a las entidades de crédito, una serie de normas de conducta, entre las que específicamente incluye, en su artículo 79, por un lado, las de asegurarse de que "disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes" - Apartado e)-, y por otro, las de comportarse "con diligencia y transparencia en interés de sus clientes" -Apartado a)-, "cuidando de tales intereses como si fueran propios" - Apartado c)-.

En desarrollo de las previsiones contenidas en la citada Ley, el Real Decreto 629/93, de 3-V, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (regulación inicial y primaria que se ha visto plenamente ratificada y ampliada por el actual Real Decreto 217/08, de 15-II, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las demás Entidades que prestan Servicios de Inversión, que procede nuevamente a la adaptación de tal régimen jurídico en aplicación de la modificación legal y la Directiva comunitaria antes mencionada), ya vino a disciplinar en su momento un código general de conducta de los mercados de valores, cuyos artículos 4 y 5 incluían, como reglas de comportamiento a observar más destacables en relación al aspecto atinente a la información que se ha de recabar de los clientes y que ha de ofrecerse a éstos, con respecto a la primera, que "las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria... sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer" (artículo 4); y en cuanto a la segunda, que "las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos" (artículo 5.1); así como que "la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" (artículo 5.3); argumentos todos ellos que, en cierta medida, vienen a corroborar las manifestaciones del perito de la actora en el sentido de que este tipo de productos financieros anteriormente solo eran objeto de



comercialización a grandes entidades, dada su complejidad, y que, "a contrario sensu", han de implicar el surgimiento de un específico deber u obligación a cargo de la entidad de crédito de recabar la información necesaria sobre las características, conocimientos y experiencia de sus clientes, a los efectos de ofertarles productos como el analizado en el presente caso.

**QUINTO. Régimen jurídico del contrato III: normativa de consumidores y usuarios.**

Y por último, pero especialmente importante para el supuesto que nos ocupa, tampoco puede desconocerse la condición de particular del demandante y la contratación por su parte del producto financiero de manera totalmente desvinculada de la profesión de taxista que ejercita; lo que, sin duda, le hace acreedor de la condición de consumidor y le otorga la especial protección que se contiene en la normativa sobre esta materia, frente a la que se dispensa normalmente a cualquier persona en el ámbito de la concertación de un negocio jurídico.

Y es que, en este sentido, Ley 26/84, de 19-VII, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente a la fecha del contrato pero que se ha visto asimismo superada por el nuevo marco normativo que se deduce 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 desarrollo del deber que el artículo 51 de la Constitución impone a los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, establece, en su artículo 10.1, incardinado en el Capítulo III, dedicado a la "protección de los intereses económicos y sociales" de los consumidores y usuarios, que "las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios..., deberán cumplir los siguientes requisitos:... a) 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.

Y en similar sentido, y dentro el Capítulo IV, dedicado al "derecho a la información" de los consumidores y usuarios, el artículo 13 señala que "los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva, una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales"; deber de información reforzado que no es sino un trasunto del principio general de la buena fe contractual, y que se halla en sintonía, por otro lado y en lo que se refiere al ámbito que nos ocupa, con la Directiva 93/13/CE del Consejo, que advierte expresamente de la aplicabilidad de la normativa de consumo a todos aquellos contratos celebrados en el sector financiero y crediticio con un consumidor.

**SEXTO. Comercialización del contrato.**

Es desde este punto de vista desde el que, a continuación, debe entrarse a valorar y analizar la operativa para la contratación de tal producto financiero, y el cumplimiento



durante la misma del pertinente deber de información que incumbía a la entidad de crédito y a sus empleados acerca del producto a contratar; desde tal perspectiva, así como desde el hecho del propio y expreso reconocimiento por parte de D<sup>o</sup> Ignacio Corbí Canales, pese a las manifestaciones vertidas ulteriormente por el perito, D<sup>o</sup> Vicente Domínguez Munaiz, del carácter complejo del contrato. Y en este sentido, y teniendo en cuenta estas circunstancias, no puede sino resaltarse la manifiesta ausencia de prueba en orden, tanto a la averiguación de las características particulares del cliente que permitieran discernir su idoneidad para la contratación del producto, como a la prestación de la necesaria información que debía haber suministrado el demandado a fin de que el cliente, ahora demandante, pudiera haberse formado una correcta representación del producto que se le estaba ofertando, posibilitando así que su toma de decisión fuera enteramente consciente.

Tal incumplimiento de los deberes antes mencionados ya se muestra patente ante la falta de aportación por el demandado de todo tipo de elemento probatorio de naturaleza documental que permitiera acreditar la realización de tal tarea de valoración previa, necesaria para la formalización del contrato; no resultado plausible tratar de justificar dicha circunstancia sin ningún tipo de documento que certificara dicho extremo, y sobre la base de la mera declaración testifical de D<sup>o</sup> Ignacio Corbí Canales, que fue la persona que informó personalmente al demandante sobre las características del producto, que puso de manifiesto el proceso de su comercialización en juicio, y cuyo testimonio necesariamente ha de analizarse con la cautela derivada de su relación laboral con la entidad demandada, y relativizarse en su vigor probatorio precisamente por tal circunstancia. Pero es que, además, dicho testimonio, lejos de coadyuvar a sustentar la tesis de la entidad demandada en relación a la correcta y amplia información facilitada, viene a desvirtuar de manera indiciaria tal hipótesis, ante el evidente contraste del contenido de tal declaración con la ya mencionada ausencia de todo tipo de documento acreditativo de la prestación de la debida información.

En este sentido, y habiendo resaltado D<sup>o</sup> Ignacio Corbí Canales que la presentación y el ofrecimiento del producto financiero se verificó en las propias oficinas de "Banco Popular Español, S.A.", en las diversas reuniones que mantuvo con D<sup>o</sup> , sin embargo, el propio director de la sucursal bancaria admitió expresamente, en cuanto al conocimiento de las características específicas del cliente, que no elaboró perfil alguno de éste y que solo tenía conocimiento de su condición de taxista y de la contratación de un préstamo hipotecario con la entidad; y respecto de la información ofrecida a aquél sobre el producto, reseñó que la misma se limitó a la explicación presencial al cliente, sin entrega de folletos informativos previos de los que manifestó expresamente carecer, lo que se cohonestaba perfectamente con el hecho de que tanto la solicitud previa como el contrato definitivo tengan la misma fecha (Doc. N<sup>o</sup> 1 y 2 de la contestación). Y si bien puso de relieve que en las reuniones mantenidas con el cliente se le informó verbalmente, de manera clara y comprensible, de la mecánica del contrato y de los posibles riesgos que el mismo comportaba, efectuando las pertinentes simulaciones con resultado positivo y negativo,



nuevamente tal declaración contrasta con la ausencia de reflejo documental de tal circunstancia, lo que se acrecienta aún más si cabe a la luz de las propias manifestaciones del testigo cuando contestó a las preguntas relativas a la información contenida en la oferta vinculante de este tipo de productos que ha de ir anexa al préstamo hipotecario, a cuyo respecto señaló que creía que debieron ofrecérsela también al demandante, porque muchos clientes de la época anterior (a la que se refiere la suscripción del préstamo hipotecario), acudían a la oficina con tales simulaciones.

Ciñéndose, por tanto, exclusivamente a la testifical la prueba en acreditación de la prestación por la entidad de crédito de la debida información al cliente, ello habría de implicar, ya de por sí, una insuficiencia probatoria manifiesta ante el hecho de la existencia de una versión totalmente opuesta acerca del modo de contratación del producto, que es la que ofreció D<sup>a</sup> Liliana Merayo Mateos, esposa del demandante, la cual indicó que la información recibida se limitó a la única reunión que mantuvieron con el director de la sucursal, que se lo ofertó como un seguro para contrarrestar las subidas de los tipos de interés de su préstamo hipotecario, sin aludir en momento alguno a los riesgos de la operación y sin presentación de productos alternativos al finalmente contratado.

Pero, con independencia del escaso valor probatorio que, en consonancia a lo expuesto para el testimonio de D<sup>o</sup> Ignacio Corbí Canales, debe predicarse también de la declaración de D<sup>a</sup> , dada su relación, en este caso matrimonial, con el demandante, y las contradicciones en que incurrió durante la misma, algunas de ellas relevantes, como la atinente a la firma del contrato, que afirmó haber plasmado pese a no constar en el documento, retractándose posteriormente ante las preguntas de la Letrada del banco, lo cierto es que la ausencia de todo tipo de documento que permita justificar de modo fehaciente la extensión de la información ofrecida y la corrección de la misma a los efectos de que la actora tomara un conocimiento real del producto ofertado, no solo implica una omisión o vulneración de las previsiones contenidas en el artículo 19 del Real Decreto-Ley 2/03, de de 25-IV, de Medidas de Reforma Económica, que, tras señalar en su Apartado 1<sup>o</sup> que "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", añade en su Apartado 2<sup>o</sup> que "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-VII, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito", sino que también constituye una insuficiencia probatoria manifiesta acerca del cumplimiento de los deberes que incumbían a la entidad de crédito, que solo puede decaer en su perjuicio, por la doctrina legal anteriormente expuesta, y por la facilidad probatoria que habría de asistirle para su justificación, pues no debe olvidarse la relevancia que ha de otorgarse a este criterio desde un punto de vista procesal, en virtud del Apartado 6<sup>o</sup> del artículo 217



L.E.C., ya citado, que dispone que "para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

**SÉPTIMO. Información sobre la mecánica del contrato y posible desequilibrio de las prestaciones de las partes.**

Junto a tales consideraciones, una mención especial ha de efectuarse en este punto, y también desde la perspectiva ahora examinada de la información suministrada al cliente sobre el producto ofertado, en cuanto a la mecánica de funcionamiento del contrato, ya que, sin entrar en el estricto contenido del mismo, lo que será objeto de análisis en el Fundamento de Derecho siguiente, ello no obstante, si resulta necesario poner de relieve la independencia de su funcionamiento con relación al contrato de préstamo hipotecario respecto del cual habría de producir una cobertura para estabilizar el riesgo de alteración de los tipos de interés. Y es que, siendo uno de los fundamentos de la pretensión ejercitada la existencia de un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, considero que si bien no puede estimarse la existencia de un desequilibrio notorio que pudiera dar lugar, en aplicación de la normativa de consumidores y usuarios, a la nulidad del contrato, ello no obstante, es mi parecer que la peculiaridad de su funcionamiento y las consecuencias que pudieran dimanar de su desvinculación del contrato precedente deberían haber compelido a la entidad de crédito a suministrar una información adicional sobre tales circunstancias, que en modo alguno se ha visto acreditado que se facilitara.

A este respecto, tanto los dos peritos que intervinieron en el acto de la vista como el Director de la sucursal bancaria fueron claros y tajantes a la hora de poner de manifiesto que, si bien el importe nominal fijado en el contrato de permuta de tipos de interés podía partir, y de hecho partía, del importe nominal del préstamo hipotecario, habiendo especificado D<sup>o</sup> Ignacio Corbí Canales, a preguntas de este Juzgador, que la reducción del nominal en cada anualidad tenía precisamente por objeto ajustar el nominal del "swap" al capital pendiente de amortización del préstamo, ello no obstante, también fueron diáfanos a la hora de afirmar el funcionamiento totalmente independiente de uno y otro contrato, y la falta de vinculación de los efectos o de las vicisitudes en que pudiera incurrir el devenir del préstamo hipotecario sobre el desarrollo del "swap".

Así, en una primera aproximación, y respecto al posible cumplimiento por esta modalidad contractual de una función de instrumento de cobertura del tipo de interés del préstamo hipotecario, aun cuando en un principio por el perito de la actora, D<sup>o</sup> Cristóbal Verdú Nido, se admitía que este tipo de contratos podían realizar efectivamente tal cometido, condicionando tal conclusión a la similitud de las condiciones de uno y otro en relación al nominal, tipos de interés referenciados y plazo pactado de vigencia, sosteniendo en base a ello su ineficacia en el presente caso dado el plazo de vigencia del "swap", de tres años, ello no obstante y a preguntas de este Juzgador matizó sus conclusiones admitiendo que, aun cuando la cobertura no se



consigue de manera perfecta, si se alcanza una aproximación muy elevada.

Sin embargo, no es ésta la única óptica desde la que debe ser analizada la finalidad y eficacia del contrato, por cuanto que, tal y como reconocieron todos los intervinientes en juicio, dicha cobertura únicamente puede ser obtenida sobre la base de una previsión hipotética de funcionamiento del préstamo hipotecario, ajeno a las contingencias que pudieran suceder a lo largo del desarrollo del mismo, quedando, por el contrario, desprovisto totalmente de tal finalidad en el supuesto de concurrencia de determinadas circunstancias. Así ocurre con la inclusión en el clausulado del préstamo de las denominadas "cláusulas suelo", que provocarían la imposibilidad para el cliente de beneficiarse en dicho contrato de la bajada de los tipos de interés a partir de un determinado límite, en contraposición a la inexistencia de una estipulación similar en el "swap", que también de modo correlativo limitara los beneficios que tal contingencia le reportara a la entidad de crédito; así sucede también en los supuestos de realización de amortizaciones anticipadas, que implicarían una alteración del capital del préstamo, y por tanto, del importe a partir del cual se calcularían los intereses del mismo, frente a nocional inalterable del "swap"; o incluso en los casos en que por parte del cliente se decidiera utilizar la facultad legal de subrogación hipotecaria que le otorga la Ley 2/94, de 30-III, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, y concertara tal subrogación con una tercera entidad y con diferentes condiciones, pese a lo cual y dada la independencia de ambos contratos, habría de seguir vinculado a la entidad precedente por la permuta de tipos de interés con ella concertada. Y si bien la primera de tales circunstancias adquiere tintes de mayor objetividad previsible, en tanto en cuanto viene condicionada por el clausulado previamente pactado del préstamo hipotecario, y no acaece en el caso que nos ocupa, a tenor de la declaración de D<sup>o</sup> Cristóbal Verdú Nido, que reseñó que el contrato de préstamo del demandante carecía de una cláusula de este tipo, sin embargo las otras dos dependen de la voluntad del particular cliente de la entidad de crédito y su comportamiento futuro, por lo que estimo que, sin duda, todas estas circunstancias también habrían de haber sido objeto de cumplida información al cliente con carácter previo a la formalización del contrato; no habiéndose, sin embargo, justificado nada por parte de la entidad de crédito en orden a acreditar el correcto cumplimiento de tal deber.

Y siendo ello así, todas estas consideraciones, unidas a las efectuadas en el Fundamento Jurídico precedente, deben conducir, analizadas conjuntamente y de modo lógico de acuerdo con las reglas del criterio humano, en los términos en que a la prueba de presunciones se refiere el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la conclusión de la procedencia de calificar de defectuosa la comercialización anteriormente examinada, en orden a la adquisición por el cliente de un perfecto conocimiento del producto contratado y en aras de poder conformar una correcta voluntad contractual, configurándose, por ello, como un elemento determinante en acreditación de la existencia del error denunciado.

#### **OCTAVO. Contenido del contrato.**



Analizada la información pre-contractual suministrada al demandante, deficiencias similares, y con idénticas consecuencias, habrán de predicarse en cuanto al contrato en sí, su redacción y clausulado, el cual, por un lado, adolece de imprecisión sobre las condiciones del mismo y las consecuencias que su desarrollo pudiera generar en el cliente, y por otro, omite extremos que no pueden ser calificados como meramente accesorios o secundarios, sino como esenciales a los efectos de conformar una verdadera voluntad contractual.

En este sentido, y frente a las alegaciones del perito, D<sup>o</sup> Vicente Domínguez Munaiz, en relación a la aparente claridad expositiva del contrato, debe resaltarse, como se expuso anteriormente, que el propio D<sup>o</sup> Ignacio Corbí Canales admitió que se trataba de un producto complejo en su estructura, si bien matizó que asimismo era fácil de comprender para el cliente que manifestara su voluntad de contratarlo. Y es que un somero examen de su tenor literal permite advertir la utilización en el mismo de términos genéricos o de cierta complejidad que imposibilitan un conocimiento exacto de los derechos y obligaciones que el mismo pudiera generar y de las consecuencias que pudiera reportar su desarrollo. Así ocurre con relación a los posibles riesgos a asumir por el cliente, a cuyo respecto en el punto 3<sup>o</sup> de su condicionado particular se reseña que "el riesgo consiste en que, 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 al Tipo Fijo superior a la que le corresponda cobrar por la liquidación del Tipo de Interés Variable sobre el Importe Nocial"; o al hecho descrito a continuación, de que en los supuestos de cancelación anticipada, "el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera". Y aun cuando el contrato ahora analizado ciertamente incorpora un mayor detallismo en este punto con respecto a otros sometidos al examen de este Juzgador con carácter previo, y apercibe al cliente de la posibilidad de acarrear pérdidas como consecuencia del desarrollo del mismo, ello sentado, difícilmente puede sostenerse de su mera lectura la adquisición por el cliente de la debida información sobre el concreto contenido contractual, y una específica conciencia de los riesgos que el mismo se hallaba asumiendo al tiempo de proceder a la formalización del contrato, por cuanto que, tal y como notablemente resaltaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de Enero de 2.010, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación que debe proporcionarse es "la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, que no consta ofrecida, y no la mecánica de la operación, o las advertencias que se contienen en el contrato, por virtud de la evolución de los tipos de interés, que constituyen una obviedad por el propio funcionamiento de la operación".

Y junto a las deficiencias de información que se advierten en relación a la etiología de los riesgos que el contrato pudiera comportar para el cliente, similares conclusiones habrán de alcanzarse ante la omisión de toda referencia en el mismo a las reglas de cálculo sobre las consecuencias del vencimiento anticipado del contrato, respecto de las que nada se incorporaba a éste, más allá de la genérica referencia en



la Estipulación 4ª del condicionado general en el sentido de 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". Y resultando en este punto especialmente relevador el dictamen pericial elaborado por Dº Cristóbal Verdú Nido, que procedía a detallar tales reglas de cálculo y revelaba la ausencia de las mismas en el contrato de referencia, nuevamente deben considerarse insuficientes las explicaciones vertidas por Dº Ignacio Corbi Canales en relación a la subsanación de tal omisión mediante la mera información presencial que sobre este particular ofreció al cliente, realizando conjuntamente diversos simulacros de liquidaciones para que pudiera comprender la operatividad del contrato, y también las aclaraciones vertidas en el acto de la vista por el perito, Dº Vicente Domínguez Munaiz, en referencia a que la regla de cálculo aplicable para los supuestos de vencimiento anticipado era la misma que para las liquidaciones anuales recogida en la Estipulación 2ª del condicionado general, con la mínima diferencia de la aplicación del interés compuesto que, además y siempre según su criterio, habría de resultar más beneficioso para el cliente; máxime cuando existían tales parámetros de cálculo que podían haber sido suministrados al cliente en la fase pre-contractual y ejemplificados para un mejor estudio y conocimiento de los riesgos a asumir.

Y siendo ello así, tanto una como otra circunstancia, la falta de precisión sobre determinados aspectos del contrato, por un lado, y la completa omisión de otros elementos, por otro, ponen de manifiesto nuevamente una notoria insuficiencia en cuanto a la debida información que habría de desprenderse del contrato sobre las consecuencias y obligaciones que podían derivarse de su suscripción; información que habría de ser suministrada, por tanto, también en la propia fase contractual, y que, quizá, pudiera resultar suficiente para personas habituadas a operar en mercados financieros, más no para sujetos carentes de la experiencia o conocimientos necesarios en dicho ámbito, como ocurría con Dº Jaime Robledo Álvarez, tal y como ha de deducirse de los indicios que sobre este particular se expondrán a continuación; no pudiendo, en definitiva, estimarse que el contrato suministre, por sí mismo y de modo aislado, la información precisa para que el cliente pudiera adquirir un conocimiento exacto de los derechos y obligaciones que el mismo pudiera generar y de las consecuencias que pudiera reportar su desarrollo, permitiéndole adaptar su conducta a los riesgos que tales consecuencias pudieran irrogarle, y no pudiendo, en consecuencia, considerarse correctamente formada la voluntad contractual al no adquirirse por el cliente, por las circunstancias expuestas, una conciencia real de la entidad del riesgo que se puede llegar a asumir al contratar.

**NOVENO. Alegaciones de "Banco Popular Español, S.A." sobre la inexistencia de error.**

Frente a todo ello, por el demandado se postulaba la inexistencia de error alguno en el demandante al tiempo de formalizar el contrato sobre la base de la ausencia de toda queja mientras el contrato le reportaba beneficios, siendo solo tras la primera liquidación negativa cuando surgió la



voluntad de cancelación y el pretendido error padecido de contrario; alegación que en modo alguno puede ser acogida.

A este respecto, debe señalarse que el hecho de que la primera liquidación tuviera carácter positivo o negativo en nada obsta en sí al posible padecimiento de un previo error a la hora de perfeccionarse el contrato mediante la prestación de un consentimiento contractual viciado. Y si bien es cierta la falta de protesta por parte del demandante al tiempo de recibir la misma, también lo es que tal liquidación positiva, de 5 de Enero de 2.009, es ciertamente de mínima entidad, ascendiendo a 220,27 euros (Doc. N° 3 de la demanda); debiendo recordarse que es precisamente la creencia en la contratación de un tipo de seguro que contrarrestara la eventuales subidas de los tipos de interés lo que anidaba en el ánimo del contratante, por lo que no resulta descabellado concluir que tal liquidación, positiva pero de mínima entidad, se representara como un efecto dimanante de tal contrato creído concertar y no ofreciera respuesta por parte del actor.

Y junto a ello, asimismo resultan relevantes los actos posteriores a la recepción de la liquidación negativa, ya que, constituyendo aquéllos un criterio hermenéutico de vital importancia en aras de valorar la voluntad contractual de las partes, tal y como señala el artículo 1.282 C.C. cuando dispone que "para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato", la conexión e inmediatez temporal entre la liquidación negativa y la reacción del cliente poniendo de manifiesto sus quejas a la entidad de crédito contratante, que se ha deducir de las manifestaciones de D<sup>a</sup> Liliana Merayo Mateos, que reseñó que tras recibir el cargo negativo acudieron a la sucursal bancaria en la que habían contratado para requerir explicaciones sobre el mismo, pero también del extracto con la simulación del coste de cancelación que se halla fechado el mismo día 4 de Enero de 2.010, con previsión de efectos para el 31 de Diciembre anterior (Doc. N° 4 de la demanda), solicitado por tanto sin solución de continuidad tras el resultado negativo del cargo en cuenta realizado, no puede sino interpretarse, en unión de todos los argumentos previamente expuestos, como un nuevo indicio revelador del desconocimiento de los reales efectos y consecuencias del contrato concertado.

#### **DÉCIMO. Excusabilidad del error.**

De conformidad con la doctrina anteriormente expuesta, y debiendo predicarse necesariamente el carácter esencial, tanto de la deficiente información suministrada por la entidad de crédito sobre el producto a contratar, como de la terminología expositiva que el propio contrato utiliza para su comprensión, al ser ambos fundamentales a la hora de ponderar la bonanza de la inversión y los hipotéticos riesgos que con la misma el demandante se hallaría dispuesto a asumir, debe procederse a continuación a examinar el posible carácter excusable o inexcusable del error en que, en cualquier caso, habría incurrido D<sup>o</sup> Jaime Robledo Álvarez en la contratación del producto financiero examinado.

A este respecto, debe resaltarse que, si bien es cierto que el concepto de "error" ha de venir en todo caso matizado por el de la "excusabilidad", es decir, su inevitabilidad



mediante el empleo de una diligencia media o normal, lo que tiene como función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, no lo es menos que, poniendo tales consideraciones en relación con el caso concreto objeto de enjuiciamiento, necesariamente ha de descartarse la pretendida inexcusabilidad de tal error a la vista de los indicios obtenidos de la prueba practicada.

En efecto, procediéndose por el Tribunal Supremo a clarificar el concepto de "excusabilidad del error", ya en su sentencia de 4 de Enero de 1.982, al determinar que "la diligencia ha de apreciarse de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, 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", asimismo concreta su significado la sentencia de 23 de Julio de 2.001, que señala que "no ha de merecer tal calificativo la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que ha de conllevar a que cada una de ellas deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulte fácilmente accesible"; debiendo valorarse, por ello, la posible contribución de la otra parte a su originación. Y desde este punto de vista, la omisión de la debida información por parte de la entidad de crédito a lo largo de los tratos y negociaciones precontractuales que condujeron finalmente a la contratación del producto financiero, en los términos expuestos en los Fundamentos Jurídicos precedentes, constituye ya de por sí un indicio lo suficientemente vigoroso en orden a justificar, no solo la existencia del error denunciado, sino también y muy especialmente la excusabilidad del mismo, habida cuenta la facilidad y disponibilidad por parte de la entidad de crédito para aportar, por un lado, los elementos de juicio necesarios para una mejor comprensión de los términos del contrato, y por otro, los datos precisos no incorporados a aquél, tales como las precisas fórmulas de cómputo y las consecuencias de un posible vencimiento anticipado, que, pese a ello, ni fueron incorporadas al documento contractual ni consta que fueran puestas en conocimiento de la actora.

Todo ello ha de ponerse necesariamente en relación con otra circunstancia, cual es el notorio desconocimiento que de productos u operaciones de este tipo tenía el demandante, y que se deduce, por un lado, de la falta de constancia de la contratación anterior de productos similares e incluso de cualquier otro producto bancario, más allá del préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda, y ello pese a las afirmaciones vertidas en la contestación a la demanda en relación a la contratación por parte de D<sup>o</sup> Jaime Robledo Álvarez de "cuentas corrientes, préstamos hipotecarios, tarjetas de crédito/débito, fondos de inversión, seguros, etc." (ninguno de los cuales se aportó a las actuaciones ni pueden, en cualquier caso, asimilarse a un producto complejo como es un derivado financiero); y por otro, de la propia actividad laboral desarrollada por el demandante, taxista de profesión, lo que en modo alguno permite deducir la posesión por parte de D<sup>o</sup> de unos especiales conocimientos en este tipo de operaciones, ya teóricos ya adquiridos por la práctica y la experiencia, sino que, antes al contrario, parece compaginarse mal con la contratación de



este tipo de productos financieros, corroborando, en cierto modo, las manifestaciones del perito de la actora en el sentido de que los mismos anteriormente solo eran objeto de comercialización a grandes entidades, ya que su funcionamiento, en base a las oscilaciones al alza o a la baja de tipos de interés futuros y a las compensaciones recíprocas de unos y otros, que puede resultar lógico en la propia dinámica de este tipo de contratos, tal y como se puso de manifiesto en el Fundamento Jurídico Segundo al abordar su naturaleza, precisamente por ello confieren a la operación un mayor grado de complejidad e incertidumbre sobre sus consecuencias, de difícil comprensión para personas de una formación media y carentes de específicos conocimientos técnicos en materia financiera.

**DÉCIMOPRIMERO. Resolución sobre las pretensiones.**

Por todo ello, no puede sino concluirse que, concurriendo en el presente caso un error en la prestación del consentimiento por parte de D<sup>o</sup> Jaime Robledo Álvarez, al tiempo de formalizar el contrato de permuta de tipos de interés, de 27 de Abril de 2.007, que debe ser calificado de sustancial y excusable, en función de las circunstancias concurrentes y a tenor de las consideraciones anteriormente expuestas, y que impidió la formación de una verdadera voluntad sobre lo que constituía el objeto del contrato, debe procederse a declarar, de conformidad con el artículo 1.300 C.C., la nulidad del contrato, con la consecuencia de la "recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato", que para tal declaración prevé el artículo 1.303 del referido cuerpo legal, y que, en el presente caso, se habrá de traducir en la ineficacia de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato, y como consecuencia del mismo, en la restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato.

**DECIMOSEGUNDO. Costas.**

De conformidad con el artículo 394 L.E.C., procede condenar a la entidad de crédito demandada al pago de las costas del procedimiento, al haber sido estimadas íntegramente las pretensiones del demandante.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación

**FALLO**

La estimación de la demanda formulada por D<sup>o</sup> Luis Indurain López, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D<sup>o</sup> , frente a "Banco Popular Español, S.A.", declarando la nulidad del contrato de permuta de tipos de interés, de 27 de Abril de 2.007; debiendo procederse a la total anulación de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato y como consecuencia del mismo, a la restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato.





Asimismo, condeno a "Banco Popular Español, S.A." al pago de las costas de este procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, a preparar ante este Juzgado en el plazo de cinco días desde su notificación; debiendo constituir previamente a la preparación del recurso un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado.

Así lo dispongo, Sergio García García, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 11 de Gijón.

