



73-13

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 8  
Municipio de Arrecife (Segunda Circunscripción)  
Avenida  
Teléfono: 928 59 43 71  
Fax: 928 43 33 71

Procedimiento: Juicio Verbal  
N.º Procedimiento: 0000554/2010

S. Izquierdo

NIG: 0000441/201000054/E  
Materia: Sin especificar  
Resolución: Sentencia 000175/2010

\_\_\_\_\_  
Firma

\_\_\_\_\_  
Firma del Jefe de Sala  
MAGDALENA GARCÍA

\_\_\_\_\_  
Firma del Jefe de Sala  
MAGDALENA GARCÍA DE LA CRUZ  
MAGDALENA GARCÍA DE LA CRUZ

## SENTENCIA

En Arrecife a 7 de Diciembre de 2010

MARÍA LUISA CASADO LÓPEZ, Juez en sustitución del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 8 de Arrecife y su partido, habiendo visto los presentes autos de JUICIO VERBAL 554/10 seguidos ante este Juzgado, entre partes como demandante D. \_\_\_\_\_ representado por la procuradora Sra. CABRERA LÓPEZ y asistido por el letrado Sr. IZQUIERDO LAWLOR y como demandado la entidad mercantil BANCO POPULAR S.A. representada por la procuradora Sra. CABRERA DE LA CRUZ y asistida por la letrado Sra. PEREZ CABRERA sobre nulidad de contrato de permuta financiera, ha pronunciado en nombre de S.M. EL REY, la siguiente sentencia

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por la representación de D. \_\_\_\_\_ se presentó demanda de juicio verbal contra la mercantil BANCO POPULAR S.A. que fue turnada a este juzgado, en la que se ejercitaban acción de nulidad de contrato de permuta financiera, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, terminaba suplicando que se dicte Sentencia por la que, estimando la demanda, se declare la nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito con fecha 9 de septiembre de 2008 y se condene a la demandada a la devolución de la cantidad de 4.951,91€, más las cantidades cobradas con posterioridad a la presentación de la demanda y los intereses legales y costas.

**Segundo.-** Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha 14 de julio de 2010, se señaló el día 3 de noviembre de 2010, para la celebración de la vista del juicio verbal, con citación de las partes. En el acto de la vista la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda, concretando la cantidad a devolver en tal fecha en 4.951,91€ y solicitando el recibimiento del pleito a prueba y oponiéndose la demandada a la misma en base a los hechos expuestos en el mismo, que en aras a la brevedad se dan aquí por reproducidos, aduciendo los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y solicitando igualmente el recibimiento del pleito a prueba. La parte actora propuso la





documental, interrogatorio de parte y testifical y la parte demandada la documental e interrogatorio de parte siendo admitidas todas ellas, excepto más documental y una testifical de la actora, y practicadas con el resultado que consta en autos, señalándose para el 25 de noviembre de 2010 la testifical de Antonio Betancor Sánchez y Jesús Pérez Errazquin propuesta por la parte actora y admitida, conforme a lo previsto en el artículo 309 de la LEC, la cual se practicó con el resultado que obra en el soporte apto en el que quedaron grabadas y que aquí se da por reproducido. Tras formular sus conclusiones cada una de las partes, quedaron los autos conclusos para dictar Sentencia.

**Tercero.-** En la tramitación de este juicio se han seguido todos los trámites legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Ejercita la parte actora con fundamento en el artículo 1261, 1265 y 1266 del Código Civil acción de nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés ("IRS") suscrito con la entidad demandada BANCO POPULAR S.A. en fecha 9 de septiembre de 2008 alegando, en síntesis, falta de consentimiento válido por error invalidante del mismo al desconocer lo que se estaba firmando y contratando a causa de la falta de información por parte de la demandada del producto financiero comercializado y contratado así como la falta de traducción del mismo a la lengua del actor. En fundamento de su pretensión se expone por la parte actora que con fecha 3 de enero de 2008 compró con su esposa [redacted] por escritura pública de compraventa otorgada tal día la vivienda nº [redacted] sita en el sector [redacted] del Plan de Ordenación de [redacted] en Playa Blanca, término municipal de Yaiza y para cuya financiación se suscribió con la entidad demandada escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada igualmente en la citada fecha. En las citadas escrituras se indica que interviene interprete al no conocerse por el actor y su esposa suficientemente el idioma castellano. Asimismo y dado que la entidad demandada se encargó de tramitar la inscripción en el Registro de la Propiedad de las escrituras de compraventa y préstamo hipotecario, estando en consecuencia en su poder las mismas, el actor en agosto de 2008 se pone en contacto vía email con el Sr. Betancort Sánchez empleado de la entidad demandada poniéndole en conocimiento que por el envío de un contenedor desde el Reino Unido a España y de cara a la exención del impuesto necesita copia de la escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad así como del modelo 600 firmado por el banco. Tras varios emails entre el actor y el Sr. Betancort se conciertan para recoger la referida documentación el día 9 de septiembre de 2008. Tal día al actor le atendió el Sr. Betancort que le entregó la documentación y la minuta final de la gestoría pidiéndole que firmara los justificantes, por lo que el actor firmó todos los documentos que le presentaron confiando en el banco. Que el actor se quedó sorprendido cuando en enero de 2010 comprobó que su cuenta bancaria se había quedado en números rojos debido a un cargo de 4951,91€ practicado por la entidad demandada por lo que el actor junto a su esposa acudieron a la sucursal de la entidad demandada a pedir explicaciones comunicándoles una empleada que con fecha 9 de septiembre de 2008 habían suscrito un





contrato de permuta financiera haciéndole entrega de una copia del citado contrato. Por último, se expone que el actor intentó cancelar el referido contrato, respecto del cual afirma no haber sido informado ni acerca de su contenido ni del funcionamiento del mismo habiéndose limitado a firmar lo que el Sr. Betancort le puso delante bajo la creencia de tratarse de documentación del préstamo hipotecario suscrito y que para la cancelación del producto tenía que abonar unos 20.000,00€ por lo que se negó a ello, sin recibir explicación acerca de cual era la base del cálculo de dicha cantidad sin que la cláusula cuarta del contrato que alude al desistimiento del contrato por parte del cliente se indique cantidad alguna ni tampoco las bases del cálculo del importe a pagar por la cancelación anticipada.

Frente a ello la entidad demandada se opone a la pretensión de declaración de nulidad pretendida de contrario sosteniendo la plena validez del contrato de permuta financiera de Tipos de Interés( "IRS") suscrito en fecha 9 de septiembre de 2008. A este respecto se alegó, en síntesis, por la entidad demandada que el actor tenía conocimiento que la finalidad del contrato era cubrir las subidas del tipo de interés de referencia de la hipoteca, euribur, al ser el préstamo hipotecario suscrito a interés variable, lo que le fue explicado al actor tras las quejas puestas de manifiesto en los emails por el remitidos y referidas al incremento inesperado del interés de su cuenta de hipoteca. Que el actor aplaza al día 9 de septiembre de 2008 la visita al Banco Popular para comentar la subida inesperada del euribor de la que se estaba quejando. Que tal día se le informó del producto que podía mitigar la subida del euribor que le incrementaba el tipo de interés que venía pagando en su hipoteca. Que se le informó a la fecha de suscripción de la hipoteca de la existencia de productos o contratos que en la práctica pueden operar como " a modo de seguros de tipos" para los titulares de préstamos hipotecarios a tipo variable, ofreciéndole y aconsejándole a tal efecto ( cobertura para la eventualidad de excesiva subida de los tipos de interés) un producto de cobertura de riesgo de tipo de interés. Que se facilitó al actor la información suficiente para conocer el alcance y los riesgos del producto que se le ofertaba además de estar perfectamente contenida dicha información en el propio contrato suscrito tanto en sus condiciones particulares como generales. En definitiva, entiende la entidad demandada que no existe error alguno invalidante del consentimiento sino que simplemente estamos ante expectativas defraudadas por parte del actor no porque el producto sea defectuoso – ya que sirve para cubrir el riesgo de subida de tipos de interés- sino porque las premisas o expectativas de subida continua de tipos de interés que manejaba el contratante no se ha llegado a materializar al cien por cien.

**Segundo.-** Sentado lo anterior acreditado y/o admitido por las partes que estas suscribieron el contrato objeto de la acción de nulidad ejercitada, resulta conveniente recordar que el contrato de permuta financiera de tipo de interés ( "IRS"), o "SWAP" según la terminología del derecho anglosajón, puede ser definido como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas sobre dicho nominal y durante un plazo de tiempo determinado.

Tales contratos swap no están regulados en norma alguna, pero al amparo del art. 1255 CC y 50 y ss. del C. Com, nada impide que sea admitido en nuestro derecho siempre que su clausulado respete los principios y normas





generales de la contratación. Según la doctrina científica, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, 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 compensación durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es característica destacable de tal clase de contratos. Y si bien su finalidad principal es protegerse frente a las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole especulativa, lo que explica que no lo sean sobre la deuda pendiente de amortizar en cada momento sino sobre el nominal inicialmente convenido. Atendiendo a sus reglas de funcionamiento, la jurisprudencia menor ha venido reconociendo como una de las notas definitorias de esta tipología contractual la naturaleza aleatoria y altamente especulativa (entre otras Sentencia de AP de Ciudad Real de 18.06.09, SAP de Asturias de 27.01.10).

**Tercero.-** Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los consumidores y usuarios, actualmente derogada por el RD legislativo 1/207 de 16 de noviembre. Con la sentencia del TS de 15/12/2005 el art. 1 de la norma mencionada viene a delimitar el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor al que resulta destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta.

La ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48.2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

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

Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores reformada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre y el RD 217/08 que trasponen a la legislación española las directivas comunitarias 2004/39 de la CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, desarrollada por la directiva CE 2006/76 y el Reglamento de la CE 1287/2006, espacio MIFID (obtención del perfil del inversor que permite en principio a la entidad financiera calibrar si el producto que ofrece es adecuado a las necesidades y posibilidades del cliente normalmente a través de un cuestionario) prestan especial atención a la información que ha de ser dispensada a la hora de contratar el producto financiero que se ofrece. La citada Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés (cuál los litigiosos), con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de





negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Así pues se impone un específico deber de información y concienciación del cliente sobre la naturaleza, condiciones y efectos del producto financiero que se ofrece o aconseja. Y esa protección y necesidad de información halla su máxima expresión en la normativa que se conoce como IFID, directiva 2004/39CE, trasladada a la legislación española por la ya citada Ley 47/07 y el RD 217/08 que obliga a la entidad financiera a acreditar que con anterioridad a la firma del contrato el cliente fue documentado suficientemente sobre las características del producto que contrata, riesgo del mismo que debe ser adecuado al perfil y experiencia del cliente, partiendo de la distinción entre el inversor minorista o profesional.. El *Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero* viene a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables, en atención a las connotaciones del caso examinado, 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 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.

Así, la entidad bancaria que preste servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y de conveniencia (*arts. 72 y 73 del Real Decreto 217/2008*). Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros (*art. 79 bis 8 LMV*), aún cuando la iniciativa parta del cliente la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia.

De diversas Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España en fechas 3/6/2009, 23/6/2009 y 24/6/2009, cabe extraer que:

- el contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.
- para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.





- se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

- entre la clientela tradicional, concedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

- en definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como A) el hecho de que bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas) las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial de tipos a pagar y cobrar en cada periodo; y B) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permita, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y a cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera. En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no de contratar el producto ofrecido. Se llega a considerar procedente que se incorpore, a modo de ejemplo, un cuadro que cuantifique el importe de cada liquidación en función de los distintos escenarios de tipos de interés.

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

**Cuarto.-** Sentado cuanto antecede y centrándonos en el caso que nos ocupa se interesa por la parte actora se declare la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito basándose para ello en la existencia de un error en el





consentimiento prestado debido a la absoluta falta de información por la demandada acerca del producto financiero que estaba contratando y en consecuencia con total desconocimiento del mismo, afirmando que firmó la documentación que le dijo el Sr. Betancort cuando fue a la sucursal de la demandada a recoger la documentación referente a las escrituras de la vivienda que había adquirido y de la hipoteca suscrita con la demandada.

Según el art. 1266 CC , para que el error invalide el consentimiento el mismo debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. A este respecto señala la STS de 17.07.06: *" Ante todo hay que decir que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso por una parte, que sea consustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste ( Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración"* (en tal sentido, SSTs. de fechas 3-3-1994, 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006 ). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia atiende al criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y a la diligencia 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 exigible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas , y así , es exigible mayor diligencia cuando se trate de un profesional o de un experto y , por el contrario, la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociación con un experto, siendo preciso por último, para apreciar esa diligencia exigible , valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no.

Pues bien del conjunto de la prueba practicada documental e interrogatorio del representante legal de la entidad demandada y del Sr. Betancort a la sazón quien gestionó el préstamo hipotecario suscrito por el actor y con quien este se entrevistó el día 9 de septiembre de 2008 ha quedado acreditado que el actor a partir de agosto de 2008, concretamente el día 14, envía email al Sr. Betancort en el que le expone recoger de la oficina bancaria la documentación que obra en la misma referente a la escritura de la vivienda adquirida por el actor y su esposa Sra. , al propio tiempo que en Posdata del mismo email se indicaba " ¿ Has tenido ya oportunidad de mirar mi email reciente acerca del tipo de interés?". Asimismo y con fecha 18 de agosto el actor envía nuevo email al Sr. Betancort del siguiente tenor literal " *Gracias Antonio, Pasaremos por allí y lo recogeremos el 9 de septiembre, si puede tenerlo preparado. Ruego nos informas del otro asunto del incremento*





*inesperado del tipo de interés en nuestra cuenta de hipoteca.* Con fecha 26 de agosto de 2008 D. Antonio Betancort contesta al actor a través de email del siguiente contenido " Estimado Sr. Lo siento. El lunes pasado era festivo. Al día de hoy el tipo de interés que tiene su hipoteca es del 5.794%, tipo que cambió el 04.07.08. El euribor en esa fecha era del 4.99% más el diferencial, siendo el tipo del 5.794%. Se encuentra en la actualidad pagando sólo los intereses y no el capital. El tipo de interés es muy bueno puesto que al día de hoy el euribor es casi del 5.5%."

Finalmente y como respuesta al mismo el actor responde el día 27 de agosto de 2008 : " Estimado Antonio. Muchas gracias por su contestación; no nos dimos cuenta de que el euribor había variado. Esperamos verle cuando pasemos por allí a recoger la documentación para Castromar".( doc. nº 4 del actor)

Así las cosas necesario es significar que conforme a la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por el actor ( doc. nº 3) en la cláusula financiera 3.- Intereses, las partes pactan que a partir del 4 de julio de 2008 el " tipo de interés anual aplicable" será el resultante de " la adición en todo caso de un margen de un (1.00) punto porcentual al " tipo de interés de referencia", siendo éste el euribor publicado mensualmente en el BOE.

Pues bien, del contenido de los correos anteriormente referidos se infiere con toda claridad que el actor en agosto de 2008 advirtió una subida del tipo de interés en su cuenta de hipoteca lo que hizo saber al Sr. Betancort recordándole este no otra cosa que conforme a lo pactado en el préstamo hipotecario a partir del 4 de julio de 2008 y a diferencia del tipo de interés pactado inicialmente, es decir desde la fecha de formalización de la escritura el 3 de enero de 2008 hasta el 4 de julio de 2008, el interés del préstamo hipotecario había variado al resultar la adición de un punto porcentual al " tipo de interés de referencia" que es el euribor, y ello tal y como, se insiste, estaba pactado por las partes en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y anteriormente referida, sin que aparezca el más mínimo asomo de duda, preocupación o inquietud por parte del actor frente a una hipotética subida de intereses, sencillamente porque a tal fecha ( agosto de 2008) se le aplicaba el interés pactado que había variado para el actor desde julio de 2008, conforme a lo pactado es la escritura, por lo que la duda sobre tal variación quedaba solventada para el actor al saber la razón de la misma.

Llegados a este punto se afirma por el Sr. Betancort que cuando se reunió con el actor el día 9 de septiembre de 2008 ya previamente se había manifestado por éste su preocupación por la subida de intereses, extremo que no ha quedado acreditado, más allá de lo expuesto anteriormente, por lo que ya desde este momento se infiere, que el día 9 de septiembre de 2009 y sin previo concierto para ello o información al respecto, más allá de recoger la documentación de la escritura interesada por el actor tal y como había acordado con el Sr. Betancort, fue aprovechado por éste tal momento y situación para que el actor firmara el contrato de permuta financiera de interés ( swap). Se afirma por el Sr. Betancort que tal día se informó y explicó al actor verbalmente el producto financiero que contrataba con el objetivo de " evitar subidas de tipos interés" y que asimismo se le informó que si el tipo de interés bajaba le repercutían " liquidaciones negativas que el actor tendría que abonar"; además manifestó que se le informó verbalmente de todo el contrato y se le realizó el test de conveniencia e idoneidad verbalmente además de conocer el perfil del actor por tener previamente contratado con la entidad





demandada el préstamo hipotecario y en consecuencia disponer de toda la información financiera necesaria.

Pues bien, tales manifestaciones, que son negadas por el actor, no resultan corroboradas por soporte probatorio alguno, más al contrario, contamos tan sólo con la urgencia del actor de acudir a la sucursal de la demandada a que el Sr. Betancort le hiciera entrega de la escritura y documentación que refiere en su email de fecha 14 de agosto ( doc. nº 4) ante la necesidad de que aportando la misma no pagaría el impuesto correspondiente por el envío de un contenedor con efectos de hogar desde Inglaterra, sin que por parte del Sr. Betancort en la testifical practicada en el acto de la Vista se dieran los argumentos y explicaciones convincentes acerca de la información suministrada al actor, limitándose a manifestar que se informó verbalmente al actor del contenido del contrato sin recordar si se informó al actor de que el test Mifid - de conveniencia e idoneidad del producto- se podía formalizar por escrito, por lo que no se alcanza a comprender por parte de quien resuelve el sentido y alcance del doc. nº 7 aportado por el actor en el que con una claridad meridiana se dice que el Banco Popular " no puede evaluar la conveniencia del producto/servicio" por falta de cumplimentación del test por el cliente", con lo sencillo que hubiera resultado al tiempo que se evitaban contradicciones y vaguedades, hacer constar que se realizó verbalmente el test al Cliente y se evaluó la conveniencia también verbalmente, sin que el Sr. Betancort supiera tampoco dar las explicaciones oportunas sobre el citado documento cuando por quien resuelve y de forma reiterada le fue preguntado en el acto de la Vista, resultando el citado documento absolutamente confuso ya que en el mismo no queda claro de que circunstancia se informa al Cliente ni tampoco si el test se ha realizado verbalmente aunque si podemos concluir que no se cumplimentó el test por el Cliente tal y como en el mismo se indica. A mayor abundamiento tampoco la Condición General tercera del contrato se cumplió por escrito, manifestando el Sr. Betancort que se realizó verbalmente pero sin que ni siquiera intentara exponer el modo en que se llevó a cabo, es decir, no salió del mismo, como debería haber sido si realmente se le hubiera informado al actor, de cual fue la operación propuesta por este conforme al modelo referido en la citada condición general, ni tampoco el Sr Betancort explicó a modo de ejemplo ilustrativo el funcionamiento del contrato de permuta financiera tanto en el supuesto de subida de interés como de bajada para el caso concreto del actor atendidas las circunstancias concurrentes en el mismo en cuanto al tipo de interés pactado en la hipoteca y las variables a tener en cuenta en el contrato de permuta suscrito en cuanto al interés fijo pactado( 5,012%) el importe nominal y el interés variable de referencia( euribor) tal y como reza la citada condición general, sin que tampoco consten ni los motivos o razones financieras y de mercado que llevaron a la entidad demandada a la elección de los tipos de interés aplicables, el referencial variable y el tipo fijo ni tampoco si se tuvieron en cuenta las previsiones de fluctuación del interés variable( euribor). Es más, tal y como manifestó el Sr. Mate Touza, representante de la entidad demandada, en el interrogatorio practicado puede ser que por el tipo de interés pactado en la hipoteca, el producto de permuta financiera puede no resultar conveniente; Así las cosas, resulta palmario no solo que no se informó al actor o que en el mejor de los casos la información fue absolutamente deficitaria sino que por parte del Sr. Betancort, del que se presume experiencia y conocimientos suficientes en la materia, era fácil advertir que con una hipotética previsión sobre la evolución de los tipos de interés, el producto ofertado al cliente le produciría en principio





liquidaciones negativas ya que el euribor a los doce meses de la firma del contrato no superó el 5% y el nivel más alto en el año 2008 se situó en el 4,733% ( doc. nº 9) y en consecuencia al resultar inferior al tipo fijo pactado en el contrato de permuta ( 5,012%) y atendiendo al interés pactado en la hipoteca, el producto contratado por el actor no era conveniente, siendo que una previsión sobre la evolución de los tipos de interés en el sentido expuesto, es decir, que de lugar a liquidaciones negativas prácticamente desde que se suscribió el contrato resulta absolutamente necesaria para que el Cliente pueda hacerse una idea cabal y acertada del riesgo y apuesta que asume con el producto contratado sin que conste acreditado que en nuestro caso se hubiera llevado a efecto ya que de haberse realizado, cuanto menos indiciariamente la entidad demandada lo hubiera podido probar más allá de la mera manifestación interesada de haberse realizado verbalmente, del mismo modo que tampoco consta una previsión a modo de supuesto práctico y al hilo de lo dispuesto en la condición general tercera del contrato acerca de si la cantidad que el cliente-comprador recibe en el supuesto de liquidación positiva es inferior o mayor a lo que recibe el Banco, dicho en otros términos, si el Banco recibe más de lo que el cliente ahorra en la cuenta de hipoteca y ello para que por parte del actor se hubiera tenido la información completa, amplia y detallada que en este tipo de productos de riesgo exige la normativa aplicable que ha de ser dispensada por las entidades que comercializan los mismos, máxime si atendemos a que la idea global de lo que percibe en principio el cliente es que con este tipo de productos se garantiza que una subida de tipos de interés no le afectara si suscribe este contrato.

Por todo ello, podemos concluir que la entidad demandada no puso a disposición del cliente la información necesaria del producto que ofertaba y ello porque no ha quedado acreditado que fuera verbalmente ni por supuesto por escrito, por lo que resulta creíble la versión del actor de que acudió a la entidad bancaria a recoger una documentación y firmó la documentación que el Sr. Betancort le puso de manifiesto, si bien desconociendo absolutamente el contenido del contrato, sin que tampoco conste que el actor tenga conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que presenta un producto financiero como el contratado, es más, y no habiéndose probado por la entidad demandada que en ese momento se diera al actor copia del contrato suscrito, tenemos que entender que es en enero de 2010 al advertir el actor que en su cuenta( doc. nº 5) se ha producido un cargo en concepto de " opción liquidación tipo de interés" por importe de 4.951.91€, cuando el actor tiene conocimiento de la existencia del contrato al acudir a la sucursal de la demandada que le informa que el motivo de tal adeudo es el contrato "swap" suscrito el 9 de septiembre de 2008, siendo que tal información no es suministrada por el Sr. Betancort que desde finales de 2008 ya no trabajaba en la oficina en la que atendió al actor. No obstante no se considera que el desconocimiento del idioma español por el actor sea determinante de la falta de información toda vez que tanto por los emails como por no resultar hecho discutido, el Sr. Betancort se comunicaba con el actor en inglés.

Por todo ello el consentimiento prestado por el actor al tiempo de suscribir el contrato estaba viciado por error a causa del absoluto desconocimiento de lo que firmaba y de la falta de información al respecto por parte de la entidad demandada que de este modo infringió lo dispuesto en la normativa aplicable expuesta en el fundamento tercero de la presente resolución, error invalidante del consentimiento prestado que determina la procedencia de declarar la





nulidad del contrato suscrito con la consecuencia en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil de que la entidad demandada deberá devolver al actor la cantidad cargada a su cuenta a consecuencia de la liquidación practicada por el contrato suscrito que se anula y que asciende a 4.951,91€ sin que tenga fundamento alguno la pretensión del actor de que se devuelva la cantidad cobrada por la demandada con posterioridad a la presentación de la demanda toda vez que no consta que se haya practicado ninguna otra liquidación ni en consecuencia se le haya detruido cantidad alguna por lo que no puede devolverse lo no pagado. No obstante el actor en el acto de la Vista concretó la cuantía en la cantidad de 4.951,91€.

**Quinto.-** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil en relación con el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la demandada el abono de los intereses legales correspondientes desde la interpelación judicial.

**Sexto.-** Por lo que se refiere a las costas procesales, estas, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según el cual las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto desestimada todas sus pretensiones, deberán imponerse a la entidad mercantil

### FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Cabrera López en nombre y representación de D. frente a la entidad mercantil BANCO POPULAR S.A. debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés( "IRS") suscrito por las partes litigantes en fecha 9 de septiembre de 2008 y debo condenar y condeno a la entidad demandada a abonar al actor la cantidad de **CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UNO CON NOVENTA Y UNO EUROS (4.951,91€)**, más los intereses legales correspondientes desde la interposición de la demanda, con imposición a la demandada del pago de las costas procesales.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que deberá ser preparado en el plazo de cinco días y en la forma establecida en los artículos 457 y siguientes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así lo acuerda, manda y firma, Maria Luisa Casado López, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 8 de Arrecife (Las Palmas)

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día des su fecha, doy fe.

