



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JDO. I.A. INST. E INSTRUCCION N.1 GRADO

1-9-11

SENTENCIA: 00052/2011

JDO. I.A. INST. E INSTRUCCION N.1 DE GRADO

PLAZA LONGORIA S/N

98500074

98500072

407000

N. L. C. 13056/11 y 2011 0100014

Procedimiento: JUICIO VERBAL: 0000105/2011

Subjet: UTMAS MATERIAS

De Dato: ...

Procurador: Srta. ANGULES, ANGEL FERNANDEZ RODRIGUEZ

Abogado: Srta.

Centro Dato: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador: Srta.

Abogado: Srta.

SENTENCIA

En Grado, a 20 de julio del 2011.

Juez que la dicta: Beatriz Fernández Díaz

Parte demandante: ...

Abogado: Jose Antonio Ballesteros Garrido

Procurador: Miguel Angel Fernández Rodríguez

Parte demandada: Banco Popular Español, S.A.

Abogado: Juan Barthe Marco

Procurador: Ane Diez de Tejada Alvarez

Objeto del juicio: nulidad contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 28 de marzo del 2011 la indicada representación de la parte actora, formuló demanda, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que con fundamento en los hechos y consideraciones legales que cita, concluye suplicando se dicte sentencia, por la que se estime íntegramente la demanda declarando la nulidad del "Contrato de permuta financiera de tipos de interés" suscrito por demandante y demandado, con obligación de restituirse recíprocamente todos los pagos efectuados en razón de estas operaciones o anular las liquidaciones pendientes de cobro e imponiendo las costas al demandado.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, se convocó a las partes al acto de la vista, y esta tuvo lugar en el día y hora señalados con la concurrencia de todas las partes. En la vista, la parte actora se afirmó y ratificó en el contenido de su demanda, contestando la parte demandada a la demanda en el sentido de oponerse



GOBIERNO DE
ASTURIAS



UNIVERSIDAD
DE ASTURIAS

se interesó se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de costas al demandante, y recibido el juicio a prueba a petición de las mismas, fueron practicadas las declaradas pertinentes, consistentes en, a instancia del actor, documental por reproducida, más documental y testifical de D. M. y a instancia de la demandada, documental por reproducida y misma testifical, con el resultado obrante en autos, y previa audiencia a las partes para que informasen sobre su resultado, se dio por concluido el acto y se mandó pasar los autos sobre la mesa de su SSª para su resolución.

TERCERO. Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades establecidas por la Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La representación de D. C. ejercita una acción de nulidad contractual, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 1261, 1262, 1265 y 1266 y concordantes del Código Civil. En el presente caso la pretensión contenida en el suplico de la demanda se fundamenta desde un punto de vista fáctico en la contratación por la parte actora, junto con su esposa e hijo, con la entidad financiera Banco Popular de un préstamo hipotecario en el mes de julio del 2007 por un capital de 85.688,57 euros, vinculando al mismo el 16 de agosto del 2007, por indicación del director de la oficina D. M., un contrato de permuta financiera de tipos de interés o "swap" cuya finalidad, según su entender y tal y como la fue expuesto por el citado director, era la cobertura, a modo de seguro gratuito, frente a la eventual subida de tipos de interés, de tal suerte que en caso de producirse una subida de los tipos de interés el Banco cubriría la diferencia. Señala que dada la defectuosa información inicial por parte de banco, que ofertó el producto a modo de simple cobertura frente a las fluctuaciones de los tipos de interés obviando su mercado carácter especulativo y los riesgos derivados su suscripción como producto financiero de alto riesgo, la falta de documentación o información precontractual sobre las condiciones del producto, y la compleja redacción de los términos del contrato el actor, con estudios elementales primarios y cultura limitada, y sin experiencia en la suscripción de productos financieros de riesgo, accedió a la contratación de la permuta financiera en la creencia de que solucionaría sus problemas financieros, ignorando su carácter especulativo e incurriendo en error al desconocer de forma directa y real los riesgos que pudieran derivarse de una caída importante de los tipos, tal y como efectivamente acaeció. Añade que si bien el primer vencimiento producido el 3-8-09 dio lugar a un abono al cliente de 508,86 euros, el segundo, producido el 2-8-10 generó un cargo para el actor por un importe de unos 2.700 euros y el tercero, que va a producirse el próximo 1-8-11, tendrá asimismo una liquidación negativa para el actor por importe de unos 2.714 euros, sin que el Banco demandado hay contestado a las reclamaciones realizadas. Precisamente por dicha falta de información causante del error en la contratación, contraria a la normativa vigente se interesa la nulidad del referido contrato.

Por su parte, la demandada se opone a la demanda y niega la existencia del error esencial en la contratación y falta de información que se invoca de contrario, arguyendo que el actor era perfectamente conocedor de la mecánica del contrato, sin que se necesiten especiales conocimientos para la suscripción del contrato cuya



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



redacción es clara y carece de oscuridad, máxime si tenemos en cuenta que D. [redacted] había concertado un préstamo hipotecario y había cambiado un tipo de interés variable por uno fijo referenciado al Euribor, negando por ello el error que, en todo caso, sería fácilmente evitable con un mínimo de diligencia. Asimismo sostiene que, en caso de apreciarse la nulidad la misma únicamente podría afectar a la cláusula de cancelación anticipada y no al contrato.

SEGUNDO.- Ejercitada acción de nulidad contractual por la existencia de un vicio en el consentimiento de uno de los contratantes conviene poner de manifiesto que el artículo 1261 del Código Civil dispone que *"No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea material del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca"*. En relación con el requisito del consentimiento su ausencia determina la nulidad contractual, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (Sentencia T S 20 de abril de 2001).

Uno de los motivos que da lugar a la nulidad del contrato por defectos del consentimiento es el error, tal como establece el artículo 1261 del Código Civil pero para que el error invalide el consentimiento, tal como establece el artículo 1266 del Código Civil, es necesario que sea esencial y recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración. Asimismo es doctrina del Alto Tribunal que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado.

Así, según la jurisprudencia, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe consagrado en el art. 7 del Código Civil, sin ser imputable al que lo padece. Es inexcusable el error (STS 4 enero 1982, de 18 febrero 1994, 20 diciembre 2000 y 24 enero 2003, entre otras muchas), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren 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 del requisito de la excusabilidad 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 en la declaración.

Finalmente, ha de señalarse que, como establece la Sentencia de 30 mayo 1991, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él.

TERCERO.- Ambas partes coinciden en calificar el contrato cuya nulidad se interesa como de permuta financiera o SWAP en terminología anglosajona, siendo caracterizado por nuestra Audiencia Provincial en reiteradas ocasiones, en postura prácticamente unánime de todas las secciones (SAP de Asturias 27/1/2010, 23/7/2010, 2/3/2011, 4/4/2011, 20/4/2011, entre otras muchas) como aquel contrato





INSPECCIÓN
ECONÓMICA

que consiste en "intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay en realidad acuerdo de préstamo de capital), limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, solo y más simplemente, a liquidar periódicamente mediante compensación tales intercambios, resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o un saldo acreedor" siendo sus características su atipicidad, licitud (art. 1255 CC), carácter consensual, bilateral, sinagmático, de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. Puede revestir diversas modalidades aunque en el caso que nos ocupa es el de intercambio de tipos de interés, que básicamente conlleva un "juego financiero" basado en la incertidumbre y aleatoriedad, en los que los contratantes apuestan a un pago-cobro de intereses, según evolucione el tipo básico de referencia. Convenido el tipo fijo para el cliente, la entidad financiera se reserva el tipo variable indexado al euríbor, de forma que si el interés variable supera el fijo, la liquidación presentará un saldo a favor del cliente, mientras que será éste quien pague al banco si el tipo de referencia desciende por debajo del tipo fijo. Si bien conlleva un marcado carácter especulativo, tal y como refieren las sentencias antes fijadas, la doctrina rechaza la aplicación del art. 1799 del CC atendiendo a que la finalidad del contrato no es si la especulación sino la mejora de la estructura financiera asumida por una empresa y su cobertura frente a fluctuaciones de mercados financieros, residiendo su causa en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

El swap aparece regulado en la Ley del Mercado de Valores 24/88 (arts. 2 y 78 y ss.), reformada por la Ley 47/2007, cuya entrada en vigor es posterior a la suscripción del contrato que aquí nos ocupa, y en el Real Decreto 217/2006, de 15 de febrero, regulador del régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (art. 58 y ss.). Las operaciones se enmarcan en el art. 19 de la Ley 36/2003 de Medidas de Reforma Económica, normativa que instaba a las Entidades Financieras a que pusieran a disposición de sus clientes instrumentos que les permitieran cubrirse del riesgo de las subidas del tipo de interés. El contrato de swap sobre tipos de interés no es un producto financiero de fácil comprensión, complejidad a la que se une el hecho de que se suele tratar de contratos de adhesión. El propio legislador ha calificado estos contratos como contratos complejos, en el art. 79 bis 8 a) de la LLV. A esta complejidad no es ajena la circunstancia de que estamos ante un contrato entre cliente y la entidad, en el que se no se ha producido realmente entrega de cantidad alguna entre las partes, siendo el capital de referencia meramente nacional, una cifra que sirve para realizar las liquidaciones convenidas, lo que contribuye aún más a generar confusión en esta figura contractual.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Por eso, dada esta característica de contrato complejo, requiere una especial labor de información por parte de la entidad bancaria, para asegurarse de que el cliente comprende su contenido y verdadero alcance. Esa información debe resaltar el riesgo patrimonial del producto. En concreto, debe ser destacado en la permuta de tipos de interés el efecto gravemente perjudicial para el cliente que deriva de la bajada de tipos de interés. En la realidad estos contratos funcionan con la finalidad perseguida mientras se produce la subida de tipos de interés pero, tras cambiar la tendencia y comenzar a bajar los tipos de interés, el producto crea un riesgo mayor



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

del que se pretende evitar. En esos casos, el producto incrementa el riesgo del cliente desproporcionadamente a la protección que le ofrece en caso de subida, convirtiéndose en un producto claramente especulativo y muy perjudicial para el cliente.

Ahondando aún más en esta figura y en términos de nuestra Audiencia (véase la última de las sentencias citadas, sección 5ª) el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C EDL1988/12634 .M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.). Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C), el R.D. 526/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidido por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3). Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis), reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis num. 3, 4 y 7). Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros). Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es



PRINCIPAL
ASTURIAS



exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precepto 79 bis de la L.M.V. Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben de hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva. La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente. La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido STS 20-1-2003).

CUARTO - Sentado lo anterior y entrando en el análisis de la prueba practicada, resultan hechos pacíficos o acreditados los siguientes:

1.- Que Don [redacted] nacido en 1941, actualmente está jubilado y anteriormente regentaba una zapatería con taller de reparación de calzado. En el mes de julio obtuvo, con el fin de afrontar diversos gastos y deudas, según el refiere y no es discutido de contrario, del Banco Popular (Documento nº2 de la demanda), concretamente en la sucursal de Grado, un préstamo hipotecario junto con su esposa e hijo por un plazo de hasta el día 24 de julio del 2033, por un capital de 85.698,57 euros a devolver en 312 cuotas con una cuota inicial de 492,51 euros y un interés fijo del 5,02 % anual hasta el 24 de agosto del 2007 y a partir de dicha fecha un interés variable consistente en el tipo de referencia -euribor- más un punto porcentual, con un tipo de interés nominal mínimo aplicable del 3,00% (cláusula suelo), según se desprende de los términos del préstamo hipotecario. Con dicha entidad el actor, además del referido préstamo, ha concertado varios contratos, en concreto una cuenta de ahorro, un plan de pensiones, un fondo de inversión y tres tarjetas (Visa, 4By punto Oro) aunque ninguna operación o contrato de derivados o inversión ni similar - (documento nº1 de la demanda y reconocimiento realizado por el director de la sucursal el testigo D. [redacted] en el acto de la vista). Es un hecho no discutido que fue la entidad bancaria, concretamente su entonces director Don [redacted] la que sugirió la posibilidad de contratar un producto bancario que le asegurara frente a las posibles subidas del tipo de interés, concretamente un contrato de permuta financiera de tipos de interés. Mas allá de la eventualidad de liquidaciones negativas, no consta acreditado en los autos que se le informara de las



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



INSTRUKCIÓN
N.º 10/2005

condiciones del contrato, ni que se le suministrara folleto explicativo alguno ni ningún documento previo para que pudiera estudiar la operación.

2.- Que actor y entidad demandada suscribieron, efectivamente, un contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) num. NUM00075-00062-263-0000031 (véase documento nº4 de la demanda) en virtud del cual acuerdan "intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo de interés fijo y un tipo de interés variable sobre un importe notional y durante un periodo de duración acordado", estableciendo como tipos de referencia, un tipo de interés fijo del 4,775% y un tipo de interés variable consistente en el euribor a 12 meses, con periodicidad de la liquidación anual y un importe notional de 84.000 euros. Como condición particular y bajo el epígrafe de información al cliente sobre la negociación con derivados se establecía lo siguiente: "Se informa al cliente de que la contratación de derivados conlleva una serie de riesgos de tipo financiero inherentes a la misma, sirviendo la firma del cliente al dorso de este documento como confirmación de que comprende los riesgos existentes y acepta en los mismos lo son de aplicación conforme con la práctica habitual de los mercados financieros. En el caso de las operaciones IRS, objeto del presente contrato, se especifica que el riesgo consiste en que 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 no opcional. Asimismo en los supuestos de cancelación anticipada, el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera." En las condiciones generales pactadas, tras definir los términos del contrato se describe el mismo como "operación de derivados que consiste en un contrato mediante el cual dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables durante un cierto periodo de tiempo. En el presente contrato, el comprador paga la cantidad fija y recibe del vendedor la cantidad variable". En la condición general segunda se explica el cálculo del pago posible del vendedor al comprador o del comprador al vendedor y que se expone con arreglo a la fórmula $CR=CF-CV$ (cantidad resultante = ACF (cantidad fija) - CV (cantidad variable). La cantidad variable será igual a IT (importe no opcional) x TV (tipo variable) x PR (num. días periodo de liquidación) / N (base de liquidación, 360). Por otro lado la cantidad fija será igual a IT (importe no opcional) x TF (tipo fijo) x PR (num. días periodo de liquidación) / N (base de liquidación, 360). En la condición cuarta se indica que "el vendedor podrá cancelar anticipadamente la operación IRS" en función de varias cláusulas que se describen como su fallecimiento o el incumplimiento de obligaciones por parte del cliente señalado además que "el cliente podrá desistir del contrato avisando por escrito con una antelación de 15 días sobre la fecha en que se pretenda dejar el contrato. En estos casos el banco procederá a repercutir en el cliente el importe de los cálculos que se tengan que efectuar para llevar a cabo la cancelación de la operación IRS". Por último, al final del contrato se indica que "la firma del presente documento implica el conocimiento y la aceptación por parte del cliente, de las condiciones precedentes como de las específicas pactadas para la liquidación de la operación". Dicho contrato, aunque formalmente no se vinculó al del préstamo hipotecario en ninguno de los documentos, lo estaba realmente como se desprende no solo del escaso lapso de tiempo transcurrido entre uno y otro contrato así como de la práctica coincidencia entre el importe del capital prestado en el préstamo hipotecario y el importe del valor notional fijado en el contrato de permuta de tipos de interés.



MINISTERIO DE JUSTICIA



REGISTRADO
DE BIENES

3º.- Que hasta la fecha se han practicado las siguientes liquidaciones del contrato de permuta: primer vencimiento producido el 3-8-09 dio lugar a un abono al cliente de 508,66 euros, el segundo, producido el 2-8-10 generó un cargo para el actor por un importe de unos 2.700 euros y el tercero, que va a producirse el próximo 1-8-11, tendrá asimismo una liquidación negativa para el actor por importe de unos 2.714 euros. Al recibir el actor la primera de las liquidaciones negativas, presentó en el mes de febrero siguiente una reclamación ante el Director de la sucursal donde se interesaba la nulidad del contrato ante el error producido en su persona tanto por la errónea información como por su ausencia así como la entrega de cierta documentación (documento nº12) que recibió respuesta por parte del servicio de atención al cliente (Documento nº1 de la demanda) donde se le niega la documentación solicitada al exceder del ámbito de protección de la Ley de Protección de Datos de Caracter Personal 15/99, y reconociéndose en la referida contestación que no se practicó al actor ni el test de idoneidad ni el test de conveniencia y que D. ... figuraba en su clasificación como cliente minorista.

QUINTO. - Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto debe determinarse, seguidamente, la eventual concurrencia de error en el consentimiento prestado por el actor en la firma del contrato.

Ciertamente lo primero que debe analizarse es el grado de información recibido sobre las condiciones contractuales en relación con la persona del actor y su grado de conocimiento sobre este tipo de productos financieros. En este sentido y teniendo en cuenta los anteriores hechos acreditados ha de concluirse necesariamente que el grado de información recibida por D. ... tanto en la fase precontractual como en el momento de la firma del contrato fue notoriamente insuficiente y precaria, máxime teniendo en cuenta que se trata de un cliente minorista -así lo clasifica el Banco demandado- de profesión zapatero, sin que conste que tenga estudios más allá de los básicos ni experiencia previa en la contratación de este tipo de productos - el propio director de la sucursal así lo reconoció- Únicamente se ha justificado por el Banco en base al testimonio del director de la sucursal y del propio documento contractual haber informado al actor sobre la eventualidad de las liquidaciones negativas, además de las cláusulas contractuales anteriormente transcritas. Evidentemente tal información ha de considerarse insuficiente, dado lo complejo del funcionamiento del contrato (como así lo ha declarado la jurisprudencia menor, incluida nuestra Audiencia Provincial) incluso para cualquier persona con estudios medios. En este sentido, teniendo en cuenta que es el Banco el que toma la iniciativa para la contratación, fijando la totalidad de las condiciones contractuales, con una persona de edad avanzada, ya jubilado y con algún que otro problema financiero, que además de carecer de estudios, carece de experiencia previa en la contratación de este tipo de productos, se le exige, según la normativa antes citada, un especial esfuerzo en la información proporcionada al cliente y en la transparencia de las operaciones que en el caso presente no se ha logrado. Señala nuestra Audiencia, que dado que no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el Decreto de 1993 en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos", y que en este tipo de contratos de permuta la fijación de las condiciones contractuales por el Banco no es caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable, lo que debe informarse al cliente no es la simple eventualidad de las liquidaciones negativas - al constituir tal hecho una



PRINCIPAL DE
ASTURIAS



MINISTERIO DE JUSTICIA

obviada- sino precisamente la previsión razonada y razonable sobre el comportamiento futuro del tipo variable referencial. En el caso concreto que aquí nos ocupa es obvio que no se transmitió dicha información pues el director de la sucursal señaló que no informó sobre las previsiones de mercado toda vez que no era un "adivino". Es más, del testimonio de D. ... carece desprenderse o bien que no tenía un conocimiento exacto sobre el funcionamiento de este tipo de permutas financieras o bien que, aún teniéndolo actuó de mala fe, pues expresamente afirmó en el acto de la vista que en caso de haberse pactado una cláusula suelo en el préstamo hipotecario, como así se ha justificado, no tendría sentido contratar la permuta financiera. Por ello no se comprende el comportamiento de la oficina bancaria ofreciendo este tipo de producto a una persona con escasos conocimientos financieros, no dedicado a actividades empresariales a gran escala y en el momento de la firma jubilado o próximo a la jubilación.

De otro lado, tampoco parece que de la lectura del contrato, se hiciera aparecer el contrato como uno de seguro, no obstante, es evidente, puesto que el Banco, sobre quien recae la carga de la prueba conforme al principio de facilidad probatoria (art. 217 de la LEC), no ha probado otra cosa, que no se informó al actor suficientemente sobre la condición de producto de "alto riesgo" y sobre las consecuencias exactas que conllevaría una bajada de los tipos de interés tal y como efectivamente aconteció poco tiempo después. El hecho de que el actor haya celebrado un previo contrato de préstamo hipotecario con interés variable no conlleva una mayor facilidad para comprender el funcionamiento y mecánica de la permuta financiera, tal y como parece sostener el Banco demandado, pues se trata de productos distintos, siendo el préstamo hipotecario un tipo de contrato habitual en el funcionamiento de los Bancos y su suscripción es habitual y común para cualquier ciudadano medio. Tampoco del documento nº12 de la demanda puede desprenderse el conocimiento por D. ... de tal mecánica pues evidentemente, tal y como sucede en este tipo de reclamaciones, el documento de queja o reclamación no es redactado por el cliente sino por un asesor o letrado como es más que obvio que aconteció en el caso presente.

Por último añadir que el hecho de haber recibido una previa liquidación positiva, de importe notablemente inferior al posterior negativo, no implica, como parece sugerir el Banco el conocimiento por D. ... de la mecánica del contrato y menos de su conformidad con la misma, sin que, como ha reseñado nuestra Audiencia, ello implique la convalidación, en virtud de la doctrina de los actos propios, del contrato, pues el actor, lógicamente, únicamente conoce su error ante la primera de las liquidaciones negativas recibidas.

Por todo ello, ha de concluirse que nos encontramos ante un error en el consentimiento que recae sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto, al desconocer el actor que estaba firmando un contrato especulativo de alto riesgo y las consecuencias de bajada de tipos de interés. Por tanto el error afecta a la obligación principal del contrato, es decir al pago en función de la relación entre los tipos de interés y la referencia al cálculo de su importe, y a la característica del alto riesgo del producto. En este sentido, se ha razonado aquí sobre la falta de información, imputable a la entidad bancaria. De otro lado, el error no es imputable a quien lo parece, que no ha podido evitarlo mediante el empleo de una diligencia media o regular, dada la relación de confianza generada con la sucursal bancaria que se desprende del número de contratos - no de alto riesgo- celebrados entre las partes, ya analizados. A ello hay que añadir lo extraño de la relación existente entre el contrato y la "cláusula suelo" pactada en la hipoteca, pues en caso de bajada de



REPUBLICA DE ASTURIAS



tipos el Banco ya estaba cubierto con dicha cláusula, obteniendo así una doble protección ante dicha eventualidad, como explicó el testigo D. ...

El contrato ha de considerarse nulo de pleno derecho en su integridad por las razones expuestas y en su consecuencia debe operarse la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia de contrato con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1306 del C.C.) lo que conlleva la recíproca devolución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de los actores en aplicación del contrato, y tras la compensación de unas u otras reintegrar el saldo resultante a los actores. Es decir, dada la mecánica del contrato, la recíproca restitución de las prestaciones puede traducirse en la liquidación con la fijación de un saldo final a favor de uno u otro de los contratantes, tal y como apunta la SAP de Asturias 20-4-2011.

SEXO En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil, procede la imposición a la demandada de las costas causadas al existir una estimación total de la demanda.

Vistos los preceptos legales invocados, y demás normas de general y pertinente aplicación.

FALLO

ESTIMO la demanda formulada por la representación de D. ...
contra el Banco Popular Español, S.A. y, en consecuencia,
DECLARO la nulidad del "Contrato de permuta financiera de tipos de interés" suscrito por demandante y demandado, con obligación de restituirse recíprocamente todos los pagos efectuados en razón de estas operaciones, con imposición a la demandada de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de apelación en el término de los cinco días siguientes al de su notificación.

Así lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado-Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.