



**AUDIENCIA PROVINCIAL DE
GIJON
Sección 007**

MATEO MOLINER GONZALEZ
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
Paseo del Muro, 6 -1º D (Frente Escalera)
Tlf.: 985 35 95 89 - Fax: 985 34 73 90
33202 - GIJON
despacho@mateomoliner.com

Domicilio : PRENDES PANDO 1-3ª PLANTA
Telf : 985176944-45
Fax : 985176940

Modelo : SEN000
N.I.G.: 33024 42 1 2010 0005158
ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000135 /2011
Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de GIJON
Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000522 /2010

RECURRENTE : BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.
Procurador/a : JUAN RAMON SUAREZ GARCIA
Letrado/a : ANA PANGUA MENENDEZ
RECURRIDO/A :
Procurador/a : MATEO MOLINER GONZÁLEZ, MATEO MOLINER GONZÁLEZ
Letrado/a : MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ, MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ

SENTENCIA NÚM. 432/2011.

Ilmos. Sres. Magistrados:

**DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA
DON RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE
DOÑA MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA.**

En GIJÓN, a veintisiete de Septiembre de dos mil once.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 522/2010, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 3 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) nº 135/2011, en los que aparece como parte apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JUAN RAMON SUÁREZ GARCÍA, asistido por el Letrado Doña ANA PANGUA MENENDEZ, y como parte apelada, DON y DOÑA representados por el Procurador de los



tribunales, Sr. MATEO MOLINER GONZÁLEZ, asistido por el Letrado D. MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 25 de Noviembre de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO.- Que estimando la demanda interpuesta por la representación de DON _____ contra BANCO POPULAR, S.A., declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) suscrito entre las partes, de fecha 20 de julio de 2007, con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones ya producidas y que se pudieren llegar a practicar hasta la ejecución de sentencia conforme a las especificaciones de los contratos de litis que se declaran nulos; todo ello con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales.

Y, debo desestimar como desestimo la demanda interpuesta por la representación de DOÑA _____ contra BANCO POPULAR, S.A., apreciando la falta de legitimación activa de la demandante respecto a la pretensión dirigida frente a la demandada, con imposición de las costas causadas a la parte actora".

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 20 de Septiembre de 2011.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acción ejercitada en el presente caso no es otra que la nulidad del contrato suscrito entre D.

Y DÑA. y la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. denominado "Contrato de permuta financiera de tipos de interes" firmado el día 20 de Julio de 2007, por concurrir vicio invalidante en la prestación del consentimiento, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo.

Le entidad demandada se opuso a dicha pretensión interesando se desestimen íntegramente las pretensiones deducidas por los actores, absolviendo libremente a la demandada, con expresa imposición de costas.

La sentencia estimó la demanda interpuesta por D.

declarando la nulidad del contrato con devolución de prestaciones del contrato de permuta financiera (swap). Desestimando la demanda interpuesta por la representación de Dña. apreciando la falta de legitimación activa de la misma respecto a la pretensión dirigida frente a Banco Popular.

La entidad bancaria interpuso recurso de apelación discrepando de la consideración del contrato objeto del litigio como producto de alto riesgo, especulativo, no existiendo error ni falta de consentimiento por el demandante para celebrar el contrato, ni la entidad bancaria ha actuado con dolo, ni el contrato presenta cláusulas oscuras.

SEGUNDO.- Para resolver el supuesto enjuiciado partiremos de la consideración de que el consentimiento es un requisito esencial, cuya ausencia determina la nulidad. 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 (STS de 20 abril de 2001).

En el mismo sentido el error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna y hace que el negocio jurídico sea inexistente.

La parte actora alega error en el consentimiento, como causa para pedir la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada. El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente estaba contratando cuando lo deseado por D. Marcos era un seguro o cobertura para cubrir la subida del euribor cuando lo contratado es un producto de alto riesgo financiero, y el dolo por parte de la entidad bancaria que no asesoró suficientemente a su cliente, inexperto en productos financieros.

Así las cosas, lo suscrito es un contrato de permuta financiera de tipos de interés ("IRS") (doc. nº 2 demanda), documento que ha de examinarse para deducir si medió o no el error en el consentimiento que se alega.

Sobre este tipo de contratos se ha pronunciado ya esta Audiencia, en la sentencia de 29 de octubre de 2010, citada en las de esta misma sección de fecha 27 de enero de 2010 y en la de 16 de septiembre 2011 que declara: " es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 del código civil y 50 del código de comercio, incorporado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en

el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) 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, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno y otro contratante un saldo deudor o, viceversa".

TERCERO.- Hemos de referirnos a continuación a la posible falta de transparencia e información del producto financiero contratado.

De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo 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 un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (Sentencia A. P. Valencia de 26-04-2006).

La tendencia del legislador en los últimos tiempos ha sido cada vez más proteccionista de la clientela y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Y así, en aplicación de la doctrina de la C.E., el R. D. 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga el R.D. 629/1993 de 3 de mayo, y en su art. 64.1 dispone que las entidades financieras que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus

clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas. 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 convenga. 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.

Ya en la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2010 se señalaba que: " para resolver la cuestión objeto de debate, hemos de hacerlo sobre la base de exigir la diligencia profesional específica a la entidad de inversión, con un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar de la persona a quien se dirige. Así lo ha declarado la sentencia de esta Audiencia de 11 de enero de 2006 que atañe el deber de información y diligencia de una entidad financiera en la gestión de carteras de inversión, en la que con cita de la sentencia del TS de 11 de julio de 1998 se manifiesta que: " la ley del Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art.79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones

del mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada ya si el art. 255 del código de comercio impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación. La sentencia del TS de 27 de enero de 2003, declara que: " ...la entidad efectúa como labor profesional y remunerada, una gestión de intereses y por cuenta de tercero, en el marco de las normas del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad..."

CUARTO.- Con arreglo a lo expuesto, hemos de analizar si en el caso concreto que nos ocupa ha existido información adecuada y suficiente a las circunstancias concretas del sujeto contratante y tipo de negocio que se realizaba y la respuesta ha de ser negativa, y ello en base a lo siguiente:

El demandante, trabaja en Aceralia con la categoría de bombero, los contratos financieros que la demandada alega como acreditativos de su experiencia en el sector bancario no pueden entenderse como de especial complejidad pues se trata de una póliza de crédito y los seguros a ella vinculados y una cuenta de depósito asegurado.

En tanto el producto contratado es un producto complejo, tal como se expondrá a continuación.

Se le efectuaron simulaciones al alza y baja pero no se le entregó ningún tipo de documentación, como reconoció el Sr. Corbí.

Ni siquiera consta que el banco hubiese sometido al demandante a un test de idoneidad ni a un test de conveniencia, no se elaboró ningún perfil pese a reconocer que son minoristas.

D. Ignacio Corbí, director de la sucursal del Banco Popular declaró que el cliente manifestó la inquietud por la subida de los tipos de interés, le ofrecieron varios productos y contrató un swap, que es un producto complejo en su estructura y sencillo en su funcionamiento, y ello con el fin de dar respuesta a su preocupación. Se le explicó que no iba asociado a la hipoteca y la cancelación anticipada. Nunca se le dijo que era un seguro.

En el informe pericial realizado por D. Cristobal Verdú Nido se señala que el contrato de permuta financiera, es un contrato mediante el cual el cliente se compromete a pagar a un tipo de interés fijo en referencia al euribor a cambio de recibir del Banco Popular un tipo de interés variable referido al euribor. En todo contrato de permuta financiera, existe un riesgo de tipo de interés, tanto al alza como a la baja en la medida en que, establecida una deuda formalizada a un tipo fijo de una entidad A y realizado un swap con otra entidad B con deuda a tipo variable, si el tipo variable excede sobre el tipo fijo para A en las liquidaciones periódicas de intereses y si el tipo variable queda por debajo del tipo fijo, entonces se producirá una pérdida para A. Por el contrario, un seguro de tipos de interés es un producto financiero mediante el cual el prestatario o la entidad prestamista directamente o a través de una compañía de seguros, concierta un seguro de tipos de interés para el caso únicamente de que los tipos de interés aumenten durante la duración del préstamo. El contrato de permuta financiera no es un contrato de seguro de tipos de interés sino un contrato complejo y especulativo que conlleva un riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente, en la medida de que, fijado un tipo de interés inicial fijo en el contrato, los tipos de interés futuros bajen en cuyo caso se producirá una pérdida y un beneficio si los tipos de

interés suben. El contrato que se hubiera ajustado más a las necesidades del cliente para asegurarse de la subida de los tipos de interés hubiera sido el "cap". En el contrato de permuta financiera no se han motivado debidamente las liquidaciones anuales practicadas por el banco Popular, ni se especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto. Y en la vista aclara que el contrato presenta riesgos pero no se cuantifican los riesgos, no se especifica, están sin concretar. Las liquidaciones no están motivadas, no viene la fórmula, no está tampoco motivado el coste de cancelación anticipada, ni la fórmula por la cual se obtiene. Si se adecua al préstamo al que cubre sirve perfectamente como cobertura, es decir, si se adecua el swap a la financiación de que deriva, lo cual no es el caso ya que hipoteca es de 30 años y el swap es de 5, en ese corto periodo de tiempo el cliente no se puede recuperar la pérdida cuando suban los tipos, debería morir con la cancelación, pero ésta es tan elevada que convierte al cliente en esclavo.

Sin que estas claras explicaciones sobre el tipo de contrato suscrito y las características del mismo en relación a lo que era voluntad del cliente y sus características como inversor, queden desvirtuadas por la pericial del Sr. Domínguez Munáiz quien respondiendo a las preguntas que se le formularon en la vista declaró que están perfectamente estipuladas en el contrato las cláusulas y las fórmulas en que se basan los adeudos y abonos. No es un contrato complejo simplifica las liquidaciones conjuntas con otro contrato, contempla la posibilidad de cancelación anticipada y la fórmula. Hasta que no se llega al final del contrato no puede fijarse la cantidad al venir unida la euribor, por eso se fija estimada. El contrato IRS en este caso, no es especulativo, pues con él se trata de controlar el riesgo. Dado que la realidad de lo acontecido evidencian lo contrario de lo expuesto.

Pues bien, de todo ello consideramos que no se cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, no consta

que se le haya proporcionado al cliente la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba tratándose de un producto complejo, y de los riesgos concretos que tenía el swap que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de los tipos de interés, como fue el caso, ni durante el desarrollo del mismo.

Y ello pese a lo manifestado por la pericial aportada con la contestación relativo a las circunstancias económicas que presidían el tráfico en el momento de la suscripción del contrato y el entorno de los tipos, relatando que la crisis económica que ahora tanto se evidencia, no estaba formalmente dictaminada, el tipo de interés de referencia marcaba una tendencia alcista, y aunque aparentemente no había una crisis, sin embargo las incertidumbres acerca de las existencia crecían y lo hacían de forma exponencial, es por ello, que con buen criterio, se comete la firma de un producto de cobertura de tipos, la evolución de los tipos ante la expectativa de crisis, es de incremento, es una buena decisión. Tales aseveraciones vienen contradichas por lo establecido en la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2010, ya citada, y que ha devenido firme, donde se afirma: " se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce en el cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este tipo de contratos ha vista como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos..... y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes

para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario”.

En igual sentido se pronuncia la sentencia de 27 de enero de 2010 de la sección 5º de esta misma Audiencia, al establecer:

“ De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables en uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro que configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen al ilustrar sobre lo obvio, esto es que, como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado es positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, es las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés. Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el banco sí la posee”.

QUINTO.- Por todo lo dicho, hemos de analizar si concurren las condiciones del error invalidante del contrato, a saber "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a celebrarlo, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padezca; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (STS de 26-06-2000). Y la respuesta de esta Sala ha de ser positiva, pues el cliente del banco, que con la operación intenta precaverse de la subida de tipos, se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues la parca e incompleta información desplegada por la entidad financiera hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega. La consecuencia obligada de la nulidad que aquí se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1303 del código civil). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS de 22 de abril de 2002).

SEXTO.- La desestimación de recurso de apelación conlleva, a tenor de lo establecido en el art. 398 apartado 1º de la Ley de enjuiciamiento civil, la condena al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente

F A L L O

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Suárez García en nombre y representación de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. contra la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2010 por el juzgado de Primera instancia N° 3 de Gijón en los autos de juicio ordinario n° 522/2010, CONFIRMANDO esa resolución en todos sus pronunciamientos; con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

NOTIFICADO Y
- 3 OCT. 2011
TRASLADO

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON

S40050
PRENDES PANDO 1-3ª PLANTA

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2010 0005158
ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000135 /2011
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de GIJON
Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000522 /2010

Apelante: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.
Procurador: JUAN RAMON SUAREZ GARCIA
Abogado: ANA PANGUA MENENDEZ
Apelado:
Procurador: MATEO MOLINER GONZÁLEZ, MATEO MOLINER GONZÁLEZ
Abogado: MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ, MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ

DILIGENCIA DE CONSTANCIA

En GIJON a veintinueve de Septiembre de dos mil once.

Se hace constar que contra la anterior resolución cabe, en su caso, recurso EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y/o RECURSO DE CASACIÓN; deberá constituirse depósito de (50 euros) CINCUENTA EUROS en la cuenta de Depósitos y Consignaciones del Banco BANESTO, 3380 0000 12 0135 11. Debiendo especificar en el campo "concepto en que se realiza" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal" o de un "Recurso 06 Civil-Casación"

Si el ingreso se realizase mediante transferencia bancaria se ingresará en la cuenta 00301846420005001274 debiendo indicar en el campo concepto en que se realiza: 3380 0000 12 0135 11 04 para el Recurso Civil-Extraordinario por infracción procesal y 3380 0000 12 0135 11 06 para el Recurso Civil-Casación.

El recurrente deberá acreditar haber constituido el depósito mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso. Doy fe.-