

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE
GIJON
Sección 007**

Domicilio : FREDES PABO 1-3ª PLANTA
Telf : 985176944-45
Fax : 985176940

Modelo : SENS00
N.I.G.: 33024 42 1 2010 0003962
ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000569 /2010
Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON
Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000358 /2010

RECURRENTE : BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.
Procurador/a : JOAQUIN SECADES ALVAREZ
Letrado/a : ANA PANGUA MENENDEZ
RECURRIDO/A
Procurador/a : MANUEL SUAREZ SOTO
Letrado/a : JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO

SENTENCIA NÚM. 68/11

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS:

**PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA
MAGISTRADOS: D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE
Dª MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA**

Gijón, dieciocho de febrero de dos mil once.-

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 358/2010, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 569/2010, en los que aparece como parte apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador de los tribunales, D. JOAQUIN SECADES ALVAREZ, asistido por el Letrado Dña. ANA PANGUA MENÉNDEZ, y como parte apelada, D. _____, representado por el Procurador de los tribunales, D. MANUEL SUAREZ SOTO, asistido por el Letrado D. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Gijón, dictó en los referidos Autos sentencia de fecha 24-6-10, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Suárez Soto, en nombre y representación de D. , contra la entidad demandada Banco Popular Español, Sociedad Anónima, representada por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Secades Álvarez, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés bonificado con doble barrera, que las partes perfeccionaron el día 15 de julio de 2008; con la obligación de restitución de lo recibido por uno y otro contratante, con los intereses legales correspondientes, dejando sin eficacia jurídica todo aquello que se realizó durante su vigencia. Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Notificada a las partes la anterior sentencia, por la representación del BANCO POPULAR ESPAÑOL, se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, donde se registró al Rollo nº 569/10, y cumplidos los oportunos trámites se señaló par al deliberación y votación del presente recurso el pasado día 26 de enero.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez D.
RAMÓN IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita el demandante, D.

en el procedimiento del que trae causa el presente recurso de apelación, acción por la que pretende que se declare la nulidad del "contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) bonificado doble barrera", fechado el 15 de julio de 2.008, y suscrito por el demandante con el demandado, "Banco Popular Español S.A.", con obligación de restituirse recíprocamente las partes todos los pagos efectuados en razón de ese contrato, con sus intereses legales.

El Banco demandado contestó a la demanda, oponiéndose a las pretensiones del actor.

La Sentencia recaída en la primera instancia estima íntegramente la demanda, declara nulo el contrato litigioso, con obligación de restitución de lo recibido por uno y otro contratante, con los intereses legales correspondientes, con imposición de costas a la parte demandada.

Contra dicha Sentencia se alza en apelación la parte demandada, que mantiene en ésta instancia sus iniciales pretensiones, y solicita, en consecuencia, que se revoque la Sentencia apelada, y se desestime totalmente la demanda, con imposición de costas al demandante.

SEGUNDO.- La Sentencia apelada concluye, a la vista de la prueba practicada, que en esencia, el contrato perfeccionado entre las partes, denominado como de permuta financiera de tipos de interés, vinculado a un préstamo que anteriormente habían concertado, supone que, en el caso de que el tipo de interés variable de referencia suba, el Banco abonará una cantidad al cliente prestatario, y en el supuesto de que el tipo de interés baje de un límite prefijado, será el cliente quien tendrá que pagar al Banco, y que, como indica la Sentencia dictada con fecha de 27 de enero de 2010 por la

Sección Quinta de la Audiencia de Asturias, se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 del C.c. y del art. 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, que tiene naturaleza de consensual, bilateral, sinalagmático, y de duración continuada, y que 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 determinados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes, 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 u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. Y concluye también la Sentencia apelada que, dado que en el contrato una de las partes se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras la otra lo hace a uno variable, tiene cierto carácter aleatorio o especulativo, aunque no pueda afirmarse que en sí mismo considerado sea un producto especulativo, pues su finalidad no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros, y su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

No obstante, la Sentencia apelada concluye, resumidamente, que se trataba de un producto derivado y complejo, que el Sr.

era un cliente minorista que no había contratado con anterioridad con el Banco ningún producto financiero de tales características, que fue el Banco el que tomó la iniciativa y ofertó el producto al cliente, que el Banco no había realizado a su cliente un test de idoneidad y un test de conveniencia en debida forma, que el Banco demandado no ha probado que se

informase en debida forma al Sr. sobre cuales eran las características de la operación y los riesgos que entrañaba el negocio, ni que se le aplicaría una penalización en caso de que quisiese cancelar anticipadamente la operación, y en atención a todo ello, que por esa falta de información, concurre un error esencial en el consentimiento prestado por el cliente, no imputable a éste, que le indujo a realizar la operación, y que invalida dicho consentimiento y, por tanto, el negocio concertado. Añade la Sentencia que hay que tener también en consideración, que en la fecha en que se contrató el producto la situación económica era muy inestable, estaba aflorando la actual crisis económica, y el Banco tenía más conocimientos que el cliente acerca del posible futuro comportamiento de los tipos de interés, que era un elemento esencial del contrato, y estaba obligado a advertir a su cliente de la posibilidad de que los tipos empezasen a bajar, como así ocurrió a los pocos meses.

El Banco apelante sostiene, por el contrario, que el Sr. Menéndez tenía la experiencia suficiente como para comprender los riesgos de la operación, que se le informó de las características del producto y de los riesgos que comportaba, que el Sr. aceptó dichos riesgos expresa y voluntariamente, que se le hizo el test de conveniencia, que el Banco no podía prever la futura bajada de los tipos de interés, y, en definitiva, que no hubo error en el consentimiento, y que, por tanto, el contrato es válido y eficaz.

TERCERO.- Esta Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tipo de contratos, en Sentencias de 29 de octubre, y 10 y 16 de diciembre de 2.010, y en la primera de las citadas declamos que *«Para resolver el thema decidendi, hemos de partir del deber de información que se predica y exige en la relación de una entidad financiera y su cliente, bien para llevar a cabo cualquier tipo de inversión, bien para suscribir un negocio*

jurídico, como el que nos ocupa, en el que es inherente la aleatoriedad y el riesgo, como veremos. En este sentido, ya señalamos entre otras, en la sentencia de 18 de Junio de 2010, 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 y de la persona a quien se dirige. Así lo ha declarado la sentencia de esta, SAP Asturias de 11 enero 2006 que atañe al 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 de 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 en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el art. 255 C.Com. 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; en el ámbito del mandato regulado en el CC, en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en forma más beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo; sentencia que igualmente, con cita de la sentencia del TS de 27 de enero de 2003, declara que: "... la entidad efectúa, como labor profesional y remunerada, una

gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de 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.(...)
Conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1.943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.9988) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio..." (...)(...)Los datos y consideraciones ya expuestos permiten concluir que la demandada actuó, al menos con "ligereza", esto es, sin el cuidado exigible al demandado comerciante, pues las noticias que circulaban en su entorno más directo, hacían presumible la existencia de un alto riesgo que impedía estimar la inversión de los pagarés como segura y fiable, lo que determina, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1726 del Código civil; 255 del Código de Comercio y normas señaladas por el artículo 81 de la Ley de mercados de valores, la responsabilidad civil de la demandada, por los daños y perjuicios causados..... "; doctrina que reproduce la sentencia de 30 de abril de 2010, en la que se trataba de la inversión de unos productos financieros que representaba un situación de riesgo para el inversor y reproducimos en el caso enjuiciado, aunque la operación sea diversa, porque en aquella, también se postulaba la nulidad del negocio por vicio del consentimiento, producido por error

del accionante, al igual que en el supuesto de autos, en el que nos hallamos ante de la suscripción de un contrato de gestión de riesgos financieros que genera un alto riesgo, como el presente; deber de información que aún en la fase precontractual exigía la legislación vigente al perfeccionarse el contrato (artículo 79 LMV y RD 629/93)». Decíamos también en dicha Sentencia que «Sobre este tipo de contratos se ha pronunciado la sentencia de esta Audiencia de 27 enero de 2010 que declara: "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado 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 (nocional) 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 u otro contratante un saldo deudor o, viceversa". Al propio tiempo la pericial obrante en la litis (folio 173), lo define como un contrato de permuta financiera mediante el cual el cliente se compromete a pagar a un tipo de interés fijo, a cambio de recibir de BANKINTER un tipo de interés variable referido al Euribor, en el que la comunicación de flujos o intercambio de obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos diferentes, genera un riesgo de tipo de interés tanto al alza, como a la baja, de ahí que dicho informe lo califique de contrato especulativo, que conlleva el riesgo de producir

ganancias o pérdida en el cliente, en la medida que fijado un tipo de interés fijo en el contrato, los tipos de interés futuro bajen, en cuyo caso se producirá una pérdida y una ganancia, si por el contrario, suben, carácter que con matizaciones declara la sentencia citada de 27 de enero de 2010: "... De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes...". Y terminábamos diciendo, en cuanto a las características y naturaleza del contrato, que «Podemos concluir que el contrato de autos es un contrato teñido de evidentes notas de aleatoriedad y también en cierta medida, especulativo, que comporta un riesgo para quien lo concierta con la entidad, lo que obliga a reforzar la exigencia de una información bastante y adecuada, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa por la demandada al cliente, en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, y conoce en una situación financiera peculiar. Al respecto (folio 98) la representación de BANKINTER afirma que ofertó el producto en el año 2007, cuando se vivía un momento alcista en los mercados, no se había iniciado la actual crisis, y la apuesta era por el mantenimiento o la elevación los tipos de interés; sin embargo la prueba evidencia en este y otros casos resueltos por esta y otras AAPP, una visión totalmente opuesta al argumento de la parte, demostrada por la realidad de lo ocurrido. 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

al 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 y otros contratos, ha visto 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 que han generado la deuda reclamada en al reconvencción y en otros procedimientos, especialmente dado el periodo de duración el contrato (de 14 de marzo de 2007 a 14 de septiembre de 2010, que corresponde a un periodo de progresiva y franca bajada de los tipos, salvo una mínima fase inicial alcista) 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, el cual es una empresa constructora con forma societaria, careciendo su representante legal de conocimientos suficientes para advertir prima facie, y sin información adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado, como tampoco poseía mayores conocimientos el titular de un negocio de hostelería, al que se refiere la sentencia de esta Audiencia de 27 de enero de 2010, a diferencia de lo que ocurre en sentencia de esta sala de 18 de Junio de 2010, en la que, quien denunciaba la falta de información, era un inversor avezado que había concertado otras operaciones financieras con la entidad de crédito del mismo tenor a la que cuestionaba en la litis».

CUARTO.- Hemos de analizar, pues, si en el caso concreto ha existido información adecuada a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio y la respuesta, a la vista de la prueba practicada y de la doctrina antes expuesta, ha de ser negativa, concluyendo con la Sentencia de instancia que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio

esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato (art. 1.263 del CC), y ello por los siguientes motivos:

A).- El demandante es una persona que hasta la fecha en que contrató el producto litigioso solo había contratado con el Banco productos no complejos (préstamos, fondos de inversión, etc.), como el propio Banco reconoce en los documentos 21 y 23 de la demanda, que le fueron facilitados por el Banco al actor, a requerimiento de éste, antes de presentar la demanda.

B).- El producto contratado es un producto complejo, y en cierto modo especulativo, que nada tiene que ver con un seguro, cuyo comportamiento y riesgos solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero. Dicha complejidad salta a la vista, con solo leer el clausulado del contrato, que contiene unas complejísimas fórmulas de cálculo, relacionadas con una tabla de datos relativos a los importes notacionales.

C).- En la fase precontractual de formación del consentimiento, se ha discutido si el contrato ofertado lo fue como un seguro (tesis del actor) anudado a una póliza de préstamo hipotecario que contrató el actor en mayo de 2.002, y fue novado en junio de 2.006, actuando como administrador de la entidad " S.L." (documento nº 2 de la demanda), o por el contrario se trata de un contrato de gestión de riesgos financieros que suscribió la parte actora (tesis del demandado) para precaverse frente a posibles subidas de los tipos de interés que pudieran incidir en el préstamo hipotecario concedido en su día por el Banco. La Sentencia de instancia no se pronuncia sobre este extremo, si bien, puede afirmarse que el producto contratado no era un seguro, según se deduce de la literalidad de su contenido,

pero la oferta contractual fue hecha y aceptada para cubrir el riesgo de la subida de tipos de una póliza de préstamo, también contratada por el demandante con el Banco, pero sin informar adecuadamente al cliente de las consecuencias negativas que tendría para el cliente una posible bajada de los tipos de interés, lo cual podía fácilmente interpretarse por el cliente como la oferta de una "garantía" mediante la que se "aseguraba" al cliente contra las subidas de los tipos, aunque tampoco se beneficiaría de las bajadas, de modo que en la práctica equivalía a dejar el interés del préstamo en un tipo fijo, todo lo cual se deduce, en primer lugar, del hecho de que el Banco no ha aportado prueba alguna de la información precontractual que dio al cliente, que no debió ser demasiado exhaustiva, puesto que la Sra. Guisáosla Blanco, que fue la empleada del Banco que contactó con el Sr. , admitió que solo se había entrevistado con éste una vez, antes de firmar el contrato, y en segundo lugar, del hecho de que así se desprende de la información que el propio Banco ofrecía del producto en su página web (documento nº 24 de la demanda), en la que, entre los productos consistentes en "Coberturas de Tipo de Interés y Cambio", se ofertaba la "Cobertura IRS-SWAP", respecto de la cual se decía lo siguiente, al menos a fecha de presentación de la demanda:

«Le permite convertir el tipo de interés variable en fijo siempre que lo desee, y así eliminar los riesgos de subidas de los tipos de interés.

Características

- *Proporciona una cobertura total del riesgo de subidas del tipo de interés.*
- *Limita la oscilación de los gastos financieros y ayuda a gestionar su presupuesto.*
- *Ofrece total flexibilidad y adaptación a las necesidades de la empresa.*
- *La liquidación del préstamo y la cobertura son independientes.*

- *Flexibilidad: se adapta a la estructura de balance de cada empresa.*
- *Protección a medida: usted elige que importe (no hay mínimos) y a que plazo quiere cubrirse.*
- *Técnicas de Gestión sobre tipos de interés.*

Si lo desea, puede contratar Swap Estructurados ó una estrategia de cobertura de riesgos de tipos de interés, diseñadas a medida con el objetivo de limitar los efectos de la evolución de los tipos de interés en el futuro. Le van a permitir fijar un tipo de interés más bajo durante el primer periodo e incrementario en los sucesivos, o fijar la estructura creciente o decreciente que mejor se adapte a sus necesidades».

Como se ve, en dicho documento, que constituye una "captura de pantalla" de la página web del Banco a fecha 9 de febrero de 2.010, y que no ha sido impugnado por el demandado (se limitó a decir sobre él en la contestación que resultaba intrascendente), se ofrece el producto como una "cobertura" frente a posibles subidas de los tipos de interés, y se equipara a una suerte de "blindaje" del préstamo, que lo convierte en un préstamo a interés fijo, pero nada se decía entonces acerca de que, a cambio, el cliente asumía el riesgo de liquidaciones negativas en caso de bajadas de los tipos.

En resumen, era el Banco demandado el obligado, conforme a las normas de distribución del "onus probandi" del artículo 217 de la LEC, a acreditar que proporcionó al demandante la información necesaria, para que éste pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, que se salía por completo de la línea de productos comunes que hasta ese momento había contratado con el Banco, y éste nada ha probado al respecto. No ha probado el Banco haber mantenido con el cliente más que una conversación previa a la contratación del producto, en la que no consta qué información se le dio, ni consta que se le proporcionasen documentos o folletos explicativos, por lo que no podemos suponer que se le

diese una información más exhaustiva que la que el propio Banco ofrece en su sitio web, como hemos visto, a todas luces insuficiente, de modo que hemos de concluir que el contrato se concertó sin que hubiese dado al cliente el Banco apelante una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía el "swap" que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de tipos de interés, para formar correctamente el consentimiento del actor.

Sostiene el Banco apelante que sometió al demandante a un test de conveniencia, pero lo cierto es que el documento nº 20 de la demanda no puede ser considerado como tal, pues aparte de que no está siquiera fechado ni firmado, en él se limita el Banco a preguntar al cliente si tiene o ha tenido en los últimos meses fondos de inversión, acciones y/obligaciones (a lo que el cliente contesta que sí, que ha tenido acciones y fondos de renta variable), el nivel de estudios (contesta que medios), si su profesión tiene relación con el ámbito financiero (contesta que no), y fuentes de información que utiliza de forma habitual (contesta que cuenta con alguien informado que le orienta), pero ninguna pregunta se hace al cliente de cuya contestación pudiera deducirse, siquiera de forma aproximada, si su perfil era o no adecuado al producto que se le ofertaba. Es más, el documento nº 23 de la demanda refleja la apreciación del Banco sobre el resultado del "test de conveniencia", y en él se dice que de los datos declarados por el cliente, se deduce que su nivel de conocimientos y experiencia es el de un cliente con experiencia en productos "no complejos", y pese a ello le ofertó un producto complejo sin ofrecerle la información necesaria para que pudiese comprender su funcionamiento y los riesgos que comportaba su contratación.

Aparte de ello, como muy bien pone de relieve la Sentencia apelada, el Banco no sometió al actor al "test de idoneidad", distinto del de conveniencia, pues ambos son exigidos por los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero

(Sentencias de ésta Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 y 16 de diciembre de 2.010).

D).- Por otra parte esta falta de información previa no se subsana al firmar el contrato, cuyo contenido adolece también de graves omisiones de información que abundan en el error padecido por el demandante, en concreto, y en primer lugar no aparece en el contrato una información adecuada sobre el riesgo que comporta una evolución a la baja del tipo de interés variable referencial, pues dicha información se limitó a las advertencias que se contienen en las condiciones particulares, y esta información es claramente insuficiente, pues se reduce a expresar que el riesgo consistía 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 superior a la que le corresponda cobrar por las liquidaciones correspondientes sobre el Importe Nominal»*, y en ello hace hincapié la Sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia, de 27 de enero de 2.010, ya citada (también la de ésta misma Sección, de 29 de octubre de 2.010), al declarar que advertencias de ese tipo *«son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho 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. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface a o no su interés»*.

Sostiene el Banco apelante que el demandante conocía, al tiempo de firmar el contrato, los riesgos que el producto comportaba, pues así lo acredita el documento nº 21 de los aportados con la demanda, que aparece firmado por el

demandante el mismo día en que se suscribió el contrato. Pues bien, en relación con dicho documento, es necesario tener en cuenta que, al igual que el denominado "test de conveniencia", le fue proporcionado al demandante, a requerimiento de éste, efectuado por carta de 27 de enero de 2.010, es decir, una vez que el cliente, sorprendido, había empezado a recibir liquidaciones negativas. En dicho documento, el demandante dice haber sido informado por el Banco de que éste estimaba que el producto «pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado», y que «tras haber sido informado sobre la naturaleza y los riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando por cuenta propia, de forma libre e independiente, y con base en sus propias estimaciones, contratar el producto/servicio DERIVADOS TIPO DE CAMBIO -CAP, COLLAR, CALL-, DE TIPO DE INTERÉS, CCVO». Independientemente de que el producto contratado no fue de los que se dicen en ese documento, sino una cobertura IRS-SWAP (distinta de las coberturas CAP y COLLAR, ofertadas también en el sitio web del Banco), lo cierto es que si el Banco sabía que el perfil del demandante no era adecuado para contratar productos complejos, y pese a ello le oferta un producto de la complejidad del que nos ocupa, debió ser extraordinariamente exquisito a la hora de informarle sobre sus características y sus riesgos, y, sin embargo, en el referido documento, como muy bien se expresa en la Sentencia apelada, no se especifica qué clase de información se dio al cliente sobre la naturaleza y riesgos del producto, ni de qué riesgos se trataba, ni por qué medios le fue facilitada tal información y cual era su contenido, y como la carga de la prueba corresponde -repetimos- a la parte demandada, no podemos tener por acreditado que se le diese otra información que la que el propio cliente podía obtener de la dada por el Banco a través de internet, ya analizada, y que resulta, a todas luces, parcial e insuficiente.

E).- El Banco ofertó el producto al actor en un momento en que los intereses estaban en una tendencia alcista que

podía alarmar a los contratantes de préstamos y créditos a interés variable, pero que duró ciertamente poco, y no consta que el Banco proporcionase al cliente un estudio en profundidad de la situación económica entonces existente, que contuviese una previsión fundada acerca del comportamiento de los tipos de interés en el futuro más inmediato, información que resulta imprescindible a la hora de contratar productos como el que nos ocupa, pues precisamente de ese comportamiento dependía que el producto pudiese resultar atractivo para el cliente, toda vez que se le ofertaba como una "cobertura" frente a una tendencia alcista, y nadie mejor que las entidades financieras está en condiciones de proporcionar esa información que, aunque no sea siempre fiable al 100%, sí puede orientar al cliente menos informado, siendo así que, en este caso, o no se dio, o fue por completo equivocada, pues, como muy bien reconoce la parte demandada, la tendencia alcista duró en Europa hasta junio de 2.008, iniciándose a los pocos meses -octubre de 2.008- un periodo de bajadas continuadas, y si el producto se contrató en el mes de julio de 2008, no puede el Banco sostener que desconocía por completo cual iba a ser la evolución de los tipos, toda vez que la tendencia alcista ya se había parado, ante la crisis económica que ya entonces empezaba a producir sus primeros efectos, y que había provocado que en los Estados Unidos de América la tendencia a la baja ya se había iniciado en septiembre de 2.007. El demandante recibió su primera liquidación trimestral, ya negativa, por importe de 370,81 € en fecha 9/03/2009, y después recibió otras tres más (hasta la fecha de presentación de la demanda), todas negativas, por importes de 713,78 € en fecha 9/06/2009, 811,43 € en fecha 21/09/2009, y 888,23 € en fecha 21/12/2009, las cuales no se han visto en absoluto compensadas por las bajadas en las cuotas del préstamo, que fueron de 801,44 € en marzo de 2.009, 702,78 € en junio y septiembre de 2.009, y de 689,33 € en diciembre de 2.009

Hemos de concluir, por tanto, en la línea sentada por la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2.010, que todo este cúmulo de desinformación se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues tan parca e incompleta información hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega, por lo que no es predicable del caso que nos ocupa lo señalado por la sentencia del TS de 17 de febrero de 2.005, según la cual es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (Sentencias de 24 de enero de 2.003, 12 de julio de 2.002 y 30 de septiembre de 1.999, entre otras), y que calificamos de esencial o trascendente, en el sentido declarado, entre otras, por la sentencia TS de 17 de julio de 2.006 que expresamente afirma "... tiene tal carácter el error 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)"; razones todas ellas que obligan a confirmar la Sentencia apelada por sus propios fundamentos, completados con los de la presente resolución.

QUINTO.- Procede imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 394-1 del mismo Texto Legal.

FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de "Banco Popular Español S.A.", contra la Sentencia dictada el 24 de junio de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Gijón, en los autos de Juicio Ordinario nº 358/2010, y, en consecuencia, confirmar la citada resolución, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

25 FEB. 2011

DILIGENCIA.- En Gijón, veintidós de febrero 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 0569 10. 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 0569 10 04 para el Recurso Civil-Extraordinario por infracción procesal y 3380 0000 12 0569 10 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.-