



JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION N.1
CANGAS DEL NARCEA
SENTENCIA: 00015/2011
JUICIO ORDINARIO 243/10

SENTENCIA nº15

En Cangas del Narcea, a 3 de marzo de 2011.

Juez: Julio Juan Martínez Zahonero.

Demandante:

Abogado: Marcelino Tamargo Menéndez.

Procuradora: Josefa López García.

Demandado: "Banco Popular Español, SA".

Abogado: Fernando Muñoz Lanza.

Procurador: Jorge Avello Otero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 02/07/10 por la indicada representación de la parte actora se presentó escrito de demanda que por turno de reparto correspondió a este juzgado en la que con fundamento en los hechos y fundamentos legales que cita se concluía solicitando: Que se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés (IRS) firmado entre las partes el día 06/02/07 por haber un vicio invalidante del consentimiento, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el artículo 1.303 del CC, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Deberá condenarse a la entidad financiera, por tanto, a la anulación de los cargos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada; subsidiariamente, de no apreciarse la nulidad, se den por resueltos los contratos aún en vigor, desde la fecha del requerimiento para ello el día 14/05/10, sin coste alguno para el demandante, por no existir formulado, ni previsión concreta que haga previsible coste alguno de cancelación de los productos contratados y aún vigentes en el momento de la presentación de la demanda; con expresa imposición de las costas procesales causadas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 15/07/10, se dio traslado a la parte demandada para que en el plazo de 20 días hábiles se formulase contestación. El 05/10/10 se formuló contestación por la demandada



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



oponiéndose, con fundamento en los hechos y fundamentos que expone, solicitando la desestimación íntegra de la demanda, absolviendo en todo caso al demandado de todos los pedimentos contenidos en la misma, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.-Se convocó a la audiencia previa, fijándose para el 16/11/10, a cuya conclusión las partes quedaron citadas para la práctica de la prueba y conclusiones el día 13/01/11. Practicándose, en dicho acto de juicio, la prueba declarada pertinente que consistió en: Documental, Interrogatorio de la demandada en la persona de D. , y Periciales de D. Calixto José Novo Pérez y D. Rubén Silvano Manso Olivar.

Tras manifestar las partes sus conclusiones, se dio por terminado, quedando los autos sobre la mesa del juez para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Expone la parte actora ser un consumidor no avezado en operaciones bursátiles ni financieras, que el 06/02/07 había suscrito una hipoteca con la demandada para adquisición de vivienda. El mismo día, por el Director del Banco Popular se le sugirió la necesidad de contratar un seguro para protegerse de las subidas del índice *Euribor*, que se suponía era gratuito y sin coste, suscribiendo así realmente un contrato de permuta financiera (IRS), resultado del cual se le cargó el 07/07/09 la cantidad de 1.332,60 € de liquidación de IRS. Alega que cuando firmó aquel contrato concurría en él un vicio del consentimiento invalidante, pues desconocía estar contratando un producto financiero de alto riesgo, sin que se le hubiesen explicado diligentemente sus cláusulas, siendo el error sustancial, habiendo infringido así el banco las obligaciones que se le imponen en materia de información y transparencia por la normativa bancaria y del mercado de valores (normativa MiFID). A ello se añade la oscuridad de la cláusula de liquidación, de la que no se puede desprender el coste de cancelación.

La demandada expone que al contrato de permuta financiera no es más que el cumplimiento de una obligación legal impuesta por el legislador a las entidades financieras para evitar la fluctuación de los tipos de interés en el ámbito de los préstamos sometidos a dicho índice, de tal modo que en conjunto, el préstamo se aproxime a un préstamo a interés fijo. Considera que cuando el IRS no va asociado a un préstamo a interés variable es un producto financiero especulativo, pero que cuando sí lo está –como es el caso, pues el notional coincide con el capital, se suscribió el mismo día que el préstamo hipotecario, y los vencimientos y sus notionales tienen en cuenta las fechas de revisión del préstamo- es un producto bancario que cumple una función de cobertura de las fluctuaciones.

Añade que el demandante nada dijo cuando las liquidaciones eran positivas. Se contrató en período alcista del *Euribor*. Su redacción no induce a error alguno que permita pensar que se está suscribiendo un seguro, los aspectos





más relevantes están destacados en negrita, y se advierte en diversas ocasiones al cliente que las liquidaciones pueden ser negativas. Entiende que la normativa MIFID no es aplicable y además no estaba vigente. En cuanto a la cláusula de cancelación anticipada, afirma que ha sido avalada por el Banco de España, y que no es oscura ni adolece de falta de transparencia. No hay por tanto error ni el consiguiente vicio del consentimiento.

SEGUNDO.-El día 06/02/07 se celebró entre las partes un contrato de modificación de préstamo hipotecario en el que se fijaba un capital de 138.382,46 € a amortizar en 282 cuotas mensuales con un tipo fijo del 4,421 hasta el 06/07/07 y variable Euribor más un punto a partir del 06/07/07. Ese mismo día 06/02/07 se celebró un contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés (IRS), cuyo importe nominal es de 135.500 €, pactándose un tipo de interés fijo del 4,462% y como tipo de interés variable de referencia el Euribor a 12 meses, con liquidaciones anuales.

El demandante fundamenta la pretensión de nulidad en el error en el consentimiento. El artículo 1.266 del Código Civil exige que el error recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo para que se produzca la invalidación del consentimiento. Tiene un sentido excepcional muy acusado, como de forma reiterada ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exigiéndose que recaiga sobre la sustancia de la cosa, que se derive de hechos desconocidos por el obligado, que no le sea imputable, y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía con el negocio.

El contrato de permuta financiera de tipos de interés, también conocido por las siglas *swap*, es aquel en cuya virtud las partes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia, los importes resultantes de aplicar un coeficiente o un tipo de interés diferente para cada una de ellas, durante un periodo de tiempo determinado. Como señala la sentencia de la SAP de Asturias, sección 5ª, de 27/01/10, la de 23/07/10 de la misma sección o la de 29/10/10 de la sección 7ª, es un contrato atípico pero perfectamente lícito (1.255 del CC) cuyo origen está en el sistema jurídico y comercial anglosajón, bilateral y sinalagmático, caracterizándose por una nota de aleatoriedad, pues las partes se intercambian entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable, liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos recurriendo a la compensación. Su finalidad esencial no es la especulación sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida, contra las fluctuaciones de los mercados financieros, pero ello no excluye que la operación esté exenta de riesgos debido a su componente especulativo. La entidad financiera agrupa periódicamente estos contratos, con los que evita la morosidad en caso de subida de tipos, y los negocia en otros mercados o contrata *swaps* en los que se cubre frente a la subida del tipo variable.





Sostiene la entidad demandada que el contrato de permuta financiera estaba vinculado con la hipoteca, con lo cual perdía su carácter especulativo al permitir al cliente precisamente eludir los vaivenes del *Euribor*, asimilando el préstamo a interés variable a uno a tipo fijo. Sin embargo, no parece en la escritura de préstamo hipotecario referencia alguna al contrato de permuta financiera. Tampoco existe en éste mención alguna al préstamo hipotecario, más allá de la posibilidad genérica de que se haya fijado el Importe Nocial como un importe teórico o el importe de un activo subyacente. Se trata por tanto de dos contratos autónomos e independientes, hasta el punto que, extinguido o subrogado el préstamo hipotecario, el contrato IRS seguiría desplegando sus efectos entre las partes dando lugar a liquidaciones periódicas. Cuestión distinta es que, para el cliente, su finalidad –y entramos en el terreno de las intenciones- fuese compensar el elemento aleatorio de la referencia al *Euribor*. Pero ello no hace que desaparezca el elemento aleatorio y especulativo del instrumento ofrecido por el Banco. Como reconoció el director y expusieron los peritos, esa finalidad también se habría podido evitar con alguna modalidad de seguro, como los conocidos en el mercado por *caps*.

La complejidad del contrato para una persona sin formación financiera, si no va acompañado de una adecuada información por parte de la entidad, es obvia de la simple lectura del clausulado ("las partes 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 Nocial y durante un Período de Duración"). Y ya en el dorso, en letra objetivamente "pequeña" se define el contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés (IRS) 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". Existe en el clausulado una previsión Quinta que prevé la posibilidad de exigirle al cliente un depósito, cuyo fin es garantizar al Banco que pueda cargar las eventuales liquidaciones negativas, cláusula propia de los contratos de derivados como expone el perito de la demandada. En cuanto a las consecuencias de la cancelación anticipada por el cliente, se remite la cláusula Cuarta a "los cálculos que se tengan que efectuar" sin más precisión. No ya el cliente, sino que ni siquiera el director de la oficina en que se ofrece el producto, puede tener un conocimiento aproximado del coste que va a tener la cancelación, o de qué parámetros depende ésta.

TERCERO.- Ni siquiera es objeto de discusión que la parte demandante tiene la condición de consumidor, pues de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente hasta el 30/11/2007, y sustituida por el actual Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre), "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o



colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". Ello determina la aplicación de una extensa normativa tuitiva de sus intereses que atiende a la posición de patente inferioridad en que se halla el consumidor, sobremanera cuando contrata con operadores del mercado que disponen de medios, conocimiento e información superiores, y que por su posición negociadora generan contratos de adhesión, en cuya negociación la voluntad del consumidor queda muy limitada.

Reconocía el artículo 2 entre los derechos básicos del consumidor: "d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios". Asimismo el artículo 10.1 preveía que "Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción".

Ciertamente, la normativa MIFID no estaba vigente cuando se celebró el contrato, pues la Directiva 2004/39/CE no fue traspuesta hasta la Ley 47/2007 de 19 de diciembre y Real Decreto 217/08 de 15 de febrero, con una *vacatio* de 6 meses, pero el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores ya sometía a su regulación los contratos de permuta financiera (2.b) y sometía a las entidades que ejerciesen actividades relacionadas con los mercados de valores a una serie de normas de conducta (78 LMV), entre ellas la de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes (79.1.a LMV) así como organizarse de modo que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, y cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, manteniéndolos siempre debidamente informados.

Si estaba vigente, además de la normativa en materia de consumidores y usuarios, el Real Decreto 629/1993 (hoy derogado por el RD 217/08), que establecía deberes de información por parte de las entidades financieras hacia sus clientes, y específicamente el artículo 5 de su Anexo establecía "las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos".

La Ley 36/2003 de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica, vigente desde 12/11/03 establece en su artículo 19 el deber de las entidades de crédito de informar a sus deudores hipotecarios que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponible, pero también que las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se

harán constar en las ofertas vinculantes. En el presente supuesto, no se entregó al cliente ningún folleto informativo sobre el producto.

CUARTO.- No consta que el cliente tuviese conocimientos financieros. No se le entregó ningún folleto informativo. No se ha probado que se le dijese al cliente que lo que estaba firmando fuese un seguro, pero señala el Sr. Director de la oficina que lo que se le dijo era que la finalidad era fijar el tipo de interés, "asegurando" un tipo de interés. Asimismo, que se le informó de los riesgos de la bajada de los tipos, que podrían suponerle liquidaciones negativas, y específicamente que corría el riesgo de que bajasen los tipos con lo que no se beneficiaría de dichas bajadas. Pero no existe constancia de que le hubiese explicado el alcance económico, al menos con una simulación, de tales eventuales bajadas.

Sobre la cancelación anticipada y sus consecuencias, tampoco consta que se hubiese dado una información suficiente, y es que la propia cláusula Cuarta que la regula no puede ser más opaca: "el cliente podrá desistir del contrato avisando al Banco ... En estos casos el Banco *procederá a repercutir al cliente el importe que resulte de los cálculos que se tengan que efectuar para llevar a cabo la cancelación anticipada de la operación IRS*". Cuáles sean dichos cálculos ni consta en el contrato ni tampoco que se le hubiese explicado de modo alguno al cliente. Y ni siquiera consta que el propio director de la oficina supiese cuáles eran esos cálculos, pues la entidad se limitó a darle una formación presencial de una o dos horas un día por la tarde sobre este contrato. Cuando el cliente trató de desistir del contrato, el Banco le comunicó que le costaría 8.713,88 €, sin hacer tampoco explícitos los criterios de dicha liquidación. Como señala la STS de 30/12/09 también puede apreciarse el vicio del consentimiento en relación con una actuación omisiva de falta de información a la otra parte de determinadas consecuencias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido.

QUINTO.- Es la entidad bancaria la que toma la iniciativa ofreciéndole al cliente, del que no existe prueba de que tuviese conocimientos suficientes en materia financiera, el contrato IRS. Es un contrato de adhesión en el que las condiciones son predispuestas por el oferente, en el que el Banco selecciona el tipo de interés como expone el Director de la oficina, es el Banco quien le expone a su cliente que la finalidad es "asegurarse" frente a la subida del Euribor, lo que da a entender al cliente que es una opción ventajosa. La información sobre la naturaleza del contrato no consta que haya ido acompañada de ejemplos sobre cálculos en relación con cantidades concretas, para que el cliente se pudiese hacer una idea cabal de los riesgos que estaba asumiendo.

En cuanto a que el cliente no alegó nada cuando las liquidaciones le fueron favorables, a parte de que la acción de nulidad tiene un plazo de prescripción de 4 años conforme al 1.301 del CC, no es incompatible en absoluto con la finalidad

que tenía el contrato según se le informó por el Banco, "asegurarse" frente a la subida de los tipos.

Ha existido por tanto un defecto de información por parte del Banco, que determinó en el cliente la conciencia de estar suscribiendo un producto ventajoso para evitar las fluctuaciones alcistas del *Euribor*, que en aquel momento tenía una tendencia alcista, sin que se haya probado por la entidad demandada que proporcionase a su cliente la información suficiente y comprensible del alcance de los riesgos que asumía con la firma de dicho contrato, generando de esta manera en él un error que no le fue imputable dado que no consta que dispusiese de más "cultura financiera" que la derivada de haber contratado previamente un préstamo hipotecario. Considero así que concurre un vicio invalidante del consentimiento que determina la nulidad del contrato de conformidad con el artículo 1.265 en relación con el 1.266, 1.261 y 1.300 del Código Civil, con la recíproca restitución de prestaciones que establece el artículo 1.303.

SEXTO.- Costas. Conforme a lo dispuesto en el art. 394.1 de la LEC, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo apreciación de serias dudas de hecho o de derecho que no se dan en este litigio. Dado que la estimación es íntegra, corresponde imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los artículos precitados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por
Popular Español, SA*:

frente al "Banco

DECLARO la nulidad del contratos de permuta financiera de tipos de interés (IRS) firmado entre las partes el día 06/02/07, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus intereses, CONDENADO a la demandada a la anulación de los cargos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada; con expresa imposición de las costas a la demandada.

Contra la presente resolución cabe interponer, en el plazo de 5 días desde su notificación, recurso de apelación, mediante su preparación acreditando el depósito en la cuenta correspondiente a este procedimiento de los 50 € exigidos por la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ (reforma LO 1/2009).



Librese testimonio de la presente, el cual se llevará a los autos de su razón, quedando el original en el Libro de Sentencias.

Notifíquese a las partes.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

