

(documento nº 1 de los acompañados a la demanda). El 15 del mismo mes y año, suscribió un "contrato de permuta financiera de tipos de interés" (documento nº 2 de la demanda), con el cual lo que pretendía D. era garantizar que el interés del préstamo con garantía hipotecaria que había suscrito antes se mantuviera, lo que la propia entidad demandada admite, cuando consigna en su contestación que "...fue el propio actor el que visitó la sucursal en el mes de septiembre de 2007 preocupado por la evolución del Euribor y buscando mejoras las condiciones de su hipoteca..."(sic, página 3 de la contestación). No está convenientemente acreditado, en la forma que exige el artículo 217 de la LEC, que D. haya resultado obligado a suscribir el contrato de permuta financiera de tipos de interés, como parece desprenderse del párrafo penúltimo de la contestación a la demanda; pero resulta que el demandante no ha dicho eso en el escrito iniciador de la presente "litis": la parte demandada niega que se presentase como necesaria la contratación de la permuta financiera para obtener la novación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria; sin embargo, lo que dijo el demandante fue que "...el Director de la entidad presenta a D. la necesidad de contratar un seguro que protegiera la hipoteca de las constantes subidas del Euribor...". Es evidente que la palabra "necesaria", en la versión de la entidad demandada, se utiliza como equivalente a "condición necesaria", mientras que la palabra "necesidad", tal y como la utiliza el actor, viene a equivaler a "conveniente" para los fines perseguidos por el Sr. que no eran otros que proteger la hipoteca que tenía suscrita de las constantes subidas del Euribor. Sin embargo, el testigo D. Ignacio Corbi Canales, empleado de Banco Popular, y que fue la persona con la que contactó el demandante cuando manifestaba su preocupación por el crecimiento del tipo de interés de la hipoteca, declaró en el juicio que el producto ahora controvertido es independiente del préstamo hipotecario, pero que está asociado, esto es, va paralelamente a él, lo que permite entender que, aunque no se haya obligado a D. a firmar el contrato litigioso para poder novar el préstamo con garantía hipotecaria, tuvo que ser el Banco, "motu proprio", quien ofreciera la debatida fórmula de contrato, cuando menos aconsejándolo, y no al contrario, que fuera D. quien pidiera suscribir un "IRS", fórmula contractual que cabe aventurar que desconocía hasta que firmó una.

Segundo.- No cabe duda, en consecuencia, de que el demandante suscribió el contrato de permuta financiera de tipos de interés que figura como documento número dos de los acompañados a la demanda en ejercicio de la libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil: el problema, en la presente "litis", es determinar si la suscripción del expresado contrato ha sido precedida de la preceptiva información, para que D. supiera bien lo que firmaba, y si dicho contrato responde, realmente, a lo que D. Adrián quería contratar. De las alegaciones de las partes y la prueba practicada en autos, se llega a las siguientes conclusiones, que sirven de base fáctica a la resolución que se dicta: 1º/ En la contestación a la demanda (página décima) se indica que los empleados del banco explicaron a D. "...que se trataba de un instrumento de cobertura frente a la eventual variación al alza del tipo de interés variable aplicable a su operación de riesgo...", pero no hay constancia alguna de que se haya explicado a D. que, en caso de bajar los tipos de interés por las variaciones de Euribor, iba a tener que seguir pagando cantidades superiores a las vigentes en el mercado, y que el pretender desligarse de la relación contractual le iba a suponer un coste muy elevado, nada menos que 12.363,75 €, en el presente caso, tal y como se desprende del documento número cinco de los aportados con la demanda. 2º/ El empleado del "Banco Popular Español S.A." que informó y trató con D. D. Ignacio Corbi Canales, dejó claro que no se había elaborado -antes de la suscripción del contrato-, un supuesto de lo que tendría que pagar el ahora demandante si decidía desligarse del contrato, en el supuesto de bajada del importe de los intereses en las hipotecas de interés variable provocado por la bajada del Euribor. 3º/ El mismo testigo, que afirma haber estado varios días explicando al cliente la operación, declaró en el juicio que, con ella, no había posibilidad de que el cliente perdiera dinero, pues si subían los intereses, al final se le devolvía el exceso, y si bajaban, el cliente dejaba de ganar (se entiende: de ahorrar intereses), pero no perdía. Esto, indirecta pero claramente, revela que no

se ha facilitado al ahora demandante una información completa acerca del producto que estaba suscribiendo, pues si el propio empleado bancario tiene una visión tan favorable del "IRS" como la que manifestó en el juicio, difícilmente habrá incidido en los aspectos negativos del mismo. 4º/ El mismo testigo declaró no tener constancia escrita de la información dada al cliente. 5º/ Contradiciendo lo que afirmó el testigo y empleado de "Banco Popular Español, S.A.", Sr. Corbi, resulta que, en el anverso del documento en que se formalizó el contrato de permuta financiera de tipos de interés (documento nº 2 de los acompañados a la demanda), en su condición particular tercera, consta que "...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 que los mismos le son de aplicación conforme con la práctica habitual de los mercados financieros..." Curiosamente, esta importante cláusula no está firmada al lado ni al pie de la misma página, sino al dorso de ella; y el Sr. Corbi ha sostenido en su declaración que no había posibilidad de que el cliente pierda dinero, lo que permite concluir que no se ha advertido convenientemente de eso al Sr.

(quizás pensando solo en el tema de la protección frente a subida de intereses), cuando la posibilidad de desligarse del contrato comporta la necesidad de efectuar un desembolso de dinero que solo se puede calificar como aspecto negativo -al menos, uno de ellos- del controvertido contrato litigioso. 6º/ Por la entidad demandada, presumiblemente para sostener su tesis de que D. comprendió perfectamente qué era lo que pactaba, así como las consecuencias del contrato de "IRS", se afirma que el actor es una persona que ha suscrito contratos financieros, alguno de los cuales califica como "...de cierta complejidad..." (sic, párrafo último de la página uno de la contestación a la demanda); sin embargo el examen de los documentos en que se han formalizado dichos contratos, y que se acompañaron a la contestación a la demanda bajo los números uno a tres, revela que el primero es un "seguro de vida", tanto para caso de muerte del tomador como de supervivencia del tomador, vigente hasta el día 1 de febrero de 2047, que, en realidad, es una forma de capitalización a determinado interés anual, y que no parece difícil comprender; el segundo es un seguro de vida para asegurar el pago de un crédito que es, precisamente, el préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 6 de noviembre de 2006 y por importe de 189.319 € (o sea, el principal del mencionado préstamo), por medio del cual se trata de proteger al cónyuge y herederos del tomador, para el caso de fallecer éste, para que no tengan que hacer frente a las sucesivas cuotas de amortización del préstamo con garantía hipotecaria suscrito por D. y eviten, así, una eventual pérdida del inmueble, si no pueden pagar la amortización y se inicia un proceso de ejecución hipotecaria; y, por último, el tercero es un contrato anual de seguro que cubre riesgos afectantes al continente y al contenido del inmueble sito en la C/ de Gijón, esto es, el piso para cuya adquisición se suscribió el préstamo hipotecario, siendo de destacar que la fecha de este último contrato de seguro es el 7 de noviembre de 2006, o sea, muy próxima en fecha a la de la firma de la novación del préstamo con garantía hipotecaria (once de octubre de 2006, esto es, 27 días). Naturalmente, comparar y equiparar la presunta complejidad de estos contratos con la del contrato litigioso, es algo que resulta prácticamente imposible.

Tercero.- A mayor abundamiento, y de conformidad con las conclusiones que se desprenden del tenor del informe emitido por el Perito D. Cristóbal Verdú Nido, queda claro que el contrato litigioso no es un contrato de seguro de tipos de interés, sino un contrato complejo y especulativo (sic), y que el contrato que mas se hubiera ajustado a las necesidades del cliente para asegurarse frente a la subida de los tipos de interés (es decir: el problema que quería solucionar D.) es un "CAP", esto es, un convenio por el cual la entidad financiera ofrece al cliente la fijación de un tope máximo a los tipos de interés en las operaciones de endeudamiento, por un cierto período de tiempo y a cambio de una comisión anual prepagable: de ese modo, el comprador del contrato se protege contra el alza de tipos de interés por encima de un determinado nivel, pero no renuncia a aprovecharse de la bajada de los mismos, lo que significa que lo que buscaba D. sí existe, pero que no le fue ofertado por "Banco Popular", y no cabe escudarse en un hipotético rechazo por

parte de D. a buscar una fórmula para cubrirse frente al riesgo de subida de los tipos de interés que implicara el pago de una prima o cantidad, pues, de habersele explicado -con una simulación-, lo que podría pasar en el caso de pretender desligarse del contrato para contratar un crédito hipotecario con intereses mas bajos, o acogerse a las ventajas del descenso del Euribor, por ejemplo presentándole una cantidad como la que figura en el documento número cinco de la demanda (12.363,75 €), es mas que probable que hubiera optado por un CAP que, sin embargo, no hay el menor indicio de que le haya sido ofrecido por "Banco Popular Español, S.A.". En su informe, el otro Perito, D. Vicente Domínguez Munáiz, tras describir la situación económica y financiera mundial en la época en que se suscribe el contrato litigioso, no hace la menor referencia a la alternativa de un "CAP", que es lo que, a todas luces y visto lo sucedido, habría convenido a D.

y omite poner por escrito las indubitadas ventajas que la operación de "IRS", que es la que se firmó, reporta para la entidad financiera: que, mediante la suscripción del contrato de permuta financiera de interés, se asegura la percepción de un interés mínimo, por mucho que pueda bajar el Euribor, ya que el cliente prestatario no podrá pagar menos con motivo de dicha bajada, ni tampoco podrá intentar la subrogación hipotecaria y acudir a otra entidad que le proporcione mejores condiciones, para así aprovecharse de la bajada de intereses, precisamente porque, para poder hacerlo y desligarse de "Banco Popular Español, S.A." tendría que pagar una cantidad como -en el caso de autos- la que figura en el documento número cinco de los aportados con la demanda, esto es, 12.363,75 €, lo que provoca un notable efecto disuasorio de cualquier pretensión de desvincularse del contrato suscrito con dicha entidad bancaria. Y, por último, no se debe perder de vista que la fórmula de cálculo que figura en la documentación aportada por "Banco Popular Español, S.A." en los documentos presentados tras la celebración de la audiencia previa, tal y como puso de relieve el Perito Sr. Verdú al declarar en el juicio, no figuran en el contrato que integra el documento número dos de la demanda, lo que se puede comprobar por medio de la simple comparación de dicho documento con el número dos de los acompañados al escrito iniciador de esta causa; ni hay el menor indicio de que se haya explicado a D. que el coste de la cancelación del contrato sea mayor cuando mas baje el interés, debido al efecto de la "cláusula suelo", que lo ha fijado en el 4,980 % anual.

Cuarto.- En conclusión, la fórmula contractual que se ha ofrecido por "Banco Popular Español, S.A." a D. no es la mas adecuada a sus expectativas y pretensiones, ni es clara, ni es conveniente habida cuenta del perfil de dicha persona como consumidor; la información que se le ha ofrecido no fue completa, porque se ocultaron o no se explicaron adecuadamente los aspectos negativos del "IRS", entre ellos la disuasoria cantidad de dinero que tendría que pagar si pretendía desligarse de la relación contractual, lo que le impedía acudir en busca de fórmulas mas ventajosas económicamente en otras entidades, para, por ejemplo, una subrogación hipotecaria y, así, beneficiarse del descenso del Euribor y, consiguientemente, de los tipos de interés; y, finalmente, con este sistema de "IRS" la entidad bancaria se asegura la percepción del interés mínimo señalado en el contrato y la inamovilidad práctica del cliente, que quedará vinculado a ella para evitar las consecuencias lesivas para su economía que derivarían de cualquier acto de desvinculación. Por otra parte, no cabe duda de que también se puede afirmar que, con esta fórmula, el cliente no tiene que pagar prima alguna, mientras que con un seguro (un "CAP") sí, pero esto no deja de ser engañoso, porque mientras bajen los intereses para los créditos con garantía hipotecaria por debajo del "suelo" fijado en el contrato, el cliente estará perdiendo dinero, pues pagará mas por lo que otros pagan menos, o sea que la operación no es gratuita, aunque no se pague prima concreta; y también se puede decir que, en caso de subida de los tipos de interés, D. no tendrá que pagar lo que otros si pagan cuando el Euribor aumenta y el interés final a satisfacer por los deudores hipotecarios se incrementa, pero no es equiparable el "dejar de ganar más por lo mismo", que es el efecto que derivaría para "Banco Popular Español, S.A." en el caso se incrementarse el valor medio de las hipotecas sobre el 4,980 % pactado, con el "dejar de pagar mas por lo mismo", que es la consecuencia de dicha eventualidad para el deudor, pues es notorio que

las entidades financieras prestan dinero a diferentes tipos de interés, pero siempre a un interés mínimo que les garantiza la rentabilidad de su actividad mercantil, y su propio tamaño y capacidad económica impide que les ocasione un perjuicio claro el mantener el interés sin incrementos aunque se incremente el Euribor, mientras que una disminución del tipo de interés de las hipotecas supone, para el deudor hipotecario, un desahogo en mayor o menor medida, que puede ayudarle a subsistir, especialmente en momentos de crisis económica como los presentes: y, por ello, lo que, desde la perspectiva bancaria, acabaría repercutiendo de forma casi inapreciable en el volumen de beneficios de cada ejercicio, en cambio en la economía de los consumidores muchas veces determina la mayor o menor dificultad para enfrentarse al gasto que conlleva la vida cotidiana, y ello sin necesidad de entrar en la indubitada falta de información al consumidor que se observa en la condición general cuarta del contrato, donde, al referirse al derecho de desistimiento del cliente, se indica que el Banco procederá a repercutir a dicho cliente el importe que resulte de los cálculos que se tengan que efectuar para llevar a cabo la cancelación anticipada de la operación de IRS, sin indicar, en modo alguno, cual es dicha fórmula ni traslucir el menor indicio de lo que pudiera suponer para D. en dinero. El Perito Sr. Domínguez trata de justificar que en el texto del contrato no se determine la fórmula para el caso de cancelación anticipada, porque "...no es posible detallar a priori los costes de cancelación, puesto que éstos dependen de las condiciones de mercado que sean aplicables en la fecha en que se decida realizar la cancelación anticipada..." (sic). Dicha conclusión es incomprensible e inadmisibles, porque una cosa es que no se pueda conocer la cantidad a satisfacer en caso de cancelación anticipada hasta que se sepan las condiciones objetivas de mercado (Euribor, intereses, etc...) en el momento en que se decida la cancelación anticipada, y otra bien distinta es que la fórmula de cálculo tiene que ser siempre la misma e, indubitadamente, conocida y, en consecuencia, debió ser consignada en el documento en que se formalizó el contrato, tal y como argumentó -en opinión de este Juzgador, ortodoxamente- el Perito Sr. Verdú, máxime cuando "Banco Popular Español, S.A." aportó, tras la audiencia previa, el cálculo por ella efectuado para llegar a la cantidad de 12.363,75 €, y así se puede leer en el documento presentado el día 1 de septiembre de 2010, donde aparece la fórmula utilizada para ello.

Quinto.- Por todo cuanto antecede, es evidente que el contrato suscrito entre actor y demandada está afectado, "ab origine", de un vicio de consentimiento, derivado de error inducido por la entidad financiera demandada, lo que implica la falta de concurrencia del primer requisito para la existencia del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 1261, 1º del Código Civil, en relación con el 1.265, 1.266 y concordantes del Código Civil, y determina la inexistencia del contrato y, por ello, la posibilidad de declarar la nulidad interesada que, aunque doctrinalmente no sea exactamente lo mismo que inexistencia, los efectos prácticos que de dicha declaración van a derivar, en supuestos como el que nos ocupa, son las mismas. Si a ello añadimos lo establecido en los artículos 82, 83 y 87 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007 (RDL 1/2007) en relación con las cláusulas abusivas, invocable en el caso controvertido por el desequilibrio que la condición general cuarta del contrato litigioso (la relativa al desistimiento) implica para el consumidor; lo dispuesto en el artículo 89,1º del mismo texto legal, ya que debe entenderse como abusiva la antecitada condición general cuarta sobre desistimiento, por no haber tenido D. Adrián la oportunidad de tomar conocimiento real, antes de firmar el contrato, de lo que iba a suceder en el supuesto de querer desvincularse de él, a causa de la ocultación de la fórmula de cálculo del importe a repercutir al cliente; la vulneración del derecho de información del consumidor consagrado en el artículo 8, b) y d) del mismo Texto Refundido y que ha quedado evidenciada convenientemente, a lo efectos del artículo 217 de la LEC, y, sobre todo, la vulneración del deber de información previa al contrato, establecida en el artículo 60.1 del mismo Texto Refundido, y de la obligación contenida en el artículo 69, la conclusión a la que se llega es que la demanda debe ser estimada en su integridad.

Sexto.- Visto el artículo 394 de la LEC, al estimarse la demanda totalmente, se impone a la demandada el pago de las costas causadas.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Luis Induráin López, en nombre y representación de D., contra la entidad mercantil "Banco Popular Español, S.A.", representada por el Procurador D. Juan Ramón Suárez García, debo acordar y acuerdo lo siguiente:

1º Se declara la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) firmado entre las partes el día quince de octubre de dos mil siete, por vicio invalidante en la prestación del consentimiento por parte de D.

2º En consecuencia, y como efecto de la anterior declaración, las partes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hayan sido materia del contrato, en la forma prevista en el artículo 1.303 del Código Civil.

3º Se condena a "Banco Popular Español, S.A." a anular los cargos efectuados en la cuenta asociada, en virtud del contrato cuya nulidad se declara.

4º Se impone a "Banco Popular Español, S.A." el pago del total de las costas causadas.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Contra esta resolución, cabe interponer recurso de apelación en el término de cinco días, contados desde el siguiente hábil a la fecha de su notificación.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada, en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, hallándose celebrando audiencia pública. Doy fe, en Gijón.