



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.2
OVIEDO

SENTENCIA: 00093/2011

Juicio Ordinario 1090/10

COPIA

S E N T E N C I A

En Oviedo, a siete de abril de dos mil once

Juez que la dicta: Daniel Rodríguez Antúnez

Objeto: Nulidad contractual por vicio del consentimiento

12 ABR 2011
PROCURADOR GENERAL DE LA JUSTICIA

Demandante: D.

Abogado: D. Jorge Álvarez de Linera Prado
Procurador: D. Ramón Blanco González

Demandada: Banco Popular Español, S.A.

Abogado: D. Miguel García Vigil
Procurador: D. Salvador Suárez Saro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Sr. Blanco González se interpuso el día 7 de septiembre de 2010, en nombre y representación de D. , demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español SA, en la que solicitaba la declaración de nulidad del contrato de permuta financiera suscrito entre las partes y la restitución de cantidades condenando a la demandada al pago de 13.744,04 euros más intereses y costas.

SEGUNDO.- Una vez otorgado el preceptivo poder procesal a favor del Procurador la demanda se pudo admitir a trámite con decreto de 23 de septiembre de 2010, dándose traslado para su contestación a la entidad demandada.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

TERCERO.- Mediante escrito de 10 de noviembre de 2010 el Procurador Sr. Suárez Saro contestó a la demanda en nombre y representación de Banco Popular Español SA, oponiéndose a la misma y solicitando la desestimación con imposición de costas.

CUARTO.- El día 28 de enero de 2011 se celebró acto de audiencia previa, en el que no se alcanzó acuerdo entre las partes. Se delimitaron los hechos controvertidos y las partes propusieron al respecto las pruebas de su interés, que quedaron admitidas como consta en autos. Se señaló la celebración de juicio oral para el día 5 de abril.

QUINTO.- En el día indicado se celebró la vista oral, practicándose las pruebas que habían quedado admitidas. Seguidamente las partes formularon sus conclusiones y con todo ello quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento la parte demandante ejercita una acción de nulidad contractual por vicio del consentimiento. Para ello explica en su demanda que el 30 de mayo de 2008 suscribió con la entidad demandada un contrato de permuta financiera de tipos de interés, con un nocional de 190.000 euros. Indica que es un contrato de alto riesgo que en ningún momento fue explicado por la entidad bancaria, sino que le fue ofrecido como un aseguramiento de las variaciones del euribor, toda vez que tenía suscrito con la misma entidad otro contrato de préstamo hipotecario. Manifiesta que ante las liquidaciones negativas que le fueron giradas, el director de la sucursal le aseguró que no se podía hacer nada más que esperar al vencimiento del producto.

La entidad bancaria demandada se opone a la reclamación, argumentando que la permuta financiera contratada no es un contrato especulativo sino de cobertura frente a otro producto bancario, como en este caso el préstamo hipotecario. Indica que el contrato se suscribe para que el cliente mantenga una previsión razonable sobre el precio anual a pagar por su hipoteca, cambiando una financiación variable por otra a tipo fijo durante el periodo de vigencia del contrato. Defiende que la redacción del contrato es clara en cuanto a las obligaciones que despliega y no induce a error.

SEGUNDO.- Resulta conveniente ubicar el marco contractual ante el que nos encontramos, como punto de partida en torno al cual valorar la concurrencia de los requisitos del error invalidante del consentimiento contractual.

Las sentencias de 27 de enero y de 23 de julio de 2010 de la Audiencia Provincial de Asturias definen con precisión el contrato de permuta financiera en la modalidad de permuta de tipos de interés, explicando que se trata de "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".

Detallan también las citadas resoluciones 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 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, acreedor.

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".

El contrato respecto del cual se discute la nulidad en el presente procedimiento se ajusta a tal definición. Se trata del "contrato de permuta financiera de tipos de interés IRS" firmado entre las partes el 30 de mayo de 2008 (documento nº 1 de la demanda). En el mismo se pacta un nocial de referencia de 190.000 euros, un vencimiento el 4 de marzo de 2011 y unas condiciones particulares para la liquidación anual de aquel nocial conforme a un tipo de interés fijo del 5,154% y uno variable equivalente al euribor a 12 meses, pagando el cliente

el primero y percibiendo el cobro del segundo, según la condición general primera.

TERCERO.- Es respecto de ese tipo de contrato descrito, un contrato de permuta financiera de tipos de interés, respecto del cual la parte demandante solicita la declaración de nulidad por error en el consentimiento contractual. El artículo 1300 del Código Civil (Cc) regula la posibilidad de nulidad de los contratos. Los requisitos de todo acuerdo contractual, fijados en el artículo 1261 del mismo Cc, son el consentimiento de los contratantes, el objeto del contrato y la causa del mismo. Pues bien, el art. 1265 explica que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

El error al contratar es *"un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida"* (entre muchas, STS de 17 de octubre de 1989). Para que el error llegue a ser invalidante del contrato la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que debe *"recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración"* y que el error ha de resultar *"esencial y excusable como se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe, pues el Derecho trata de proteger únicamente a quien no pudo salir del error de haber mediado una mediana diligencia la que, por otro lado, debe apreciarse en función de las condiciones subjetivas de quien lo ha padecido, por lo que el tema de la excusabilidad tiene mucho de circunstancial"*.

CUARTO.- Resulta imprescindible poner de manifiesto las singulares características de este tipo de contrato ya que las mismas condicionan al mismo hasta el punto de que un conocimiento completo por parte del cliente habrá de abarcar todos los elementos contractuales so pena de resultar por el contrario un conocimiento insuficientemente formado. A tales efectos destacan singularmente dos aspectos: el fuerte carácter especulativo de contrato con descompensación de la posición contractual de las partes por un lado y las condiciones de cancelación por otro.

El contrato que nos ocupa es un contrato de adhesión, con unas condiciones generales unilateral y previamente redactadas por la entidad bancaria que el cliente no puede negociar, sino solamente aceptar en el caso de que comprenda de manera completa el objeto y alcance del contrato. Pero al mismo tiempo el contrato de permuta financiera es un contrato complejo pues como antes se ha indicado reviste un importante carácter aleatorio o especulativo. Aunque la especulación no sea su objeto esencial es innegable que entraña considerables

riesgos dado que su objeto y el intercambio de prestaciones entre las partes queda profundamente intrincado y condicionado con el juego de la oscilación de los tipos de interés o de un índice como el euribor respecto de un capital no material sino nocional. Ahora bien, tampoco la cobertura de riesgos para el cliente ante las oscilaciones de los tipos de interés conforma ese objeto esencial del contrato, sino que concurre por igual al aspecto especulativo del mismo. Y es que además de dicha cobertura las partes no están acordando otra cosa que un sistema de contraprestaciones personales y exclusivas entre ellas, solamente circunstancialmente anudadas al interés del cliente de mantener un equilibrio y una estabilidad en la deuda derivada del préstamo hipotecario. Esto es así porque el juego de intercambio de prestaciones entre las partes se acuerda sobre una base ficticia (el capital nocional) que sólo resulta relativamente aproximado al montante real de su deuda hipotecaria. El cuadro de liquidación del préstamo aportado por la parte demandada (documento nº 2 de su contestación) revela cómo en mayo de 2008 (fecha en que se suscribió la permuta financiera) el capital hipotecario pendiente de pago era de 168.025,81 euros, cuando por el contrario el nocional de la permuta se fijó en 190.000.

La entidad bancaria ofrece estabilizar la deuda hipotecaria del cliente ya que ésta fluctuará según las variaciones del euribor, y el banco va a pagar al cliente exactamente esa misma variación, el euribor a 12 meses, sobre el capital nocional pactado. Como contraprestación contractual a dicho servicio de cobertura el cliente paga un precio, que en este caso concreto está señalado en un tipo fijo del 5,154% sobre el referido nocional. El juego especulativo del coste de la contraprestación del cliente es manifiesto, ya que su utilidad para estabilizar su deuda hipotecaria queda directamente vinculada a las fluctuaciones del euribor (que modulan la contraprestación de la contraparte), es decir, nuevamente el mismo riesgo que se pretendía cubrir a través del contrato. De hecho esta evidencia se transforma en realidad en el caso de que el tipo de interés variable, el euribor, cotice a tipos muy bajos. Para tales casos el contrato supone una garantía de riesgos para la entidad bancaria, no para el cliente, ya que éste seguirá abonando un precio de 5,154% sobre el nocional pactado. Lo que no se puede admitir es que la posición del cliente queda compensada porque esa bajada del euribor a su vez supone una bajada de la propia deuda hipotecaria del demandante. Este dato es completamente revelador de que la cobertura de riesgos para el cliente no es la finalidad primordial del contrato, ya que la garantía de las fluctuaciones de la deuda hipotecaria del cliente no se consigue a través del objeto contratado, sino que pasa a ser por el contrario dicha deuda (ajena a las prestaciones contractualmente pactadas por las partes en la permuta financiera) el elemento de compensación de la posición contractual de ambas partes. Se produce una inversión de la

supuesta finalidad esencial del contrato, pasando a ser la estabilidad o compensación de la posición contractual de las partes el riesgo cubierto a través de un elemento externo, la deuda hipotecaria del cliente que minorará con la bajada del euríbor. Lo anterior es revelador de que el juego especulativo juega en este negocio jurídico un papel más relevante que el referido por la parte demandada, ya que el mismo concurre con igual trascendencia para los contratantes que la finalidad de estabilización de la deuda hipotecaria del cliente. La fuerza especulativa de este contrato resulta manifiesta dada la variedad de posibilidades que encierra la vinculación de las contraprestaciones contractuales que asumen ambas partes y la predeterminación de unas concretas y únicas fechas anuales de liquidación efectuada unilateralmente por una de ellas, la entidad bancaria.

QUINTO.- Un segundo aspecto muy relevante de la caracterización del contrato reside en las condiciones de cancelación anticipada del mismo. Según la condición general cuarta del acuerdo en el caso de una cancelación anticipada "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".

Este tenor literal de los aspectos relativos a la cancelación genera una importante indefensión e inseguridad para el cliente, que es completamente desconocedor de los criterios que rigen para calcular la liquidación por tal cancelación. El pacto prevé que sea una de las partes contratantes interesada, el banco, quien unilateralmente determine el coste de una decisión tan relevante como es la cancelación anticipada. No existe una información suficiente ni clara para el consumidor, conteniéndose en la cláusula meras referencias genéricas e indeterminadas a las bases para los cálculos de la cancelación anticipada, que abocan simplemente a un completo desconocimiento de los mismos. Incluso el director de la sucursal de Banco Popular en que se firmó el contrato, Sr. Ibarquén González, declaró en juicio y reconoció que el mecanismo de cálculo de cancelación se difiere en el tiempo porque implica la necesidad de efectuar un cálculo estimativo de la evolución futura de los tipos en el mercado, lo que termina de confirmar el profundo desconocimiento del cliente consumidor que contrata este tipo de producto financiero y la interpretación y concreción unilateral de las condiciones de cancelación por parte de la entidad bancaria.

SEXTO.- Ante los singulares condicionantes inherentes a este contrato y a la luz de la prueba practicada en este pleito, cabe concluir que la entidad bancaria demandada no brindó al cliente información suficientemente completa como para que formase una adecuada voluntad con entero conocimiento del

alcance del contrato que estaba suscribiendo. El cliente no conocía suficientemente la verdadera magnitud especulativa del contrato que firmaba -parte tan esencial del contrato como la cobertura o mejora de su deuda hipotecaria- como tampoco las dificultades de cancelación del acuerdo, y todo ello porque la entidad bancaria no prestó al respecto una información mínima y suficiente.

Resulta exigible a la entidad financiera una diligencia profesional cualificada, traducida en un deber de información riguroso y adaptado tanto a las características singulares del contrato como a las de la persona contratante. Frente a las alegaciones de la contestación a la demanda cabe subrayar que un tribunal civil sí puede examinar la práctica bancaria del caso concreto que se le somete a enjuiciamiento cuando se trata de una cuestión relativa a la protección al consumidor. La legislación ha reforzado la posición de quien contrata con la entidad bancaria, exigiéndose una completa actividad de información por parte de ésta tanto en la fase precontractual como en la puramente contractual, a los efectos de que la formación de voluntad negocial resulte libre y válida.

Tal exigencia deriva de la normativa MIFID, adaptada a nuestro derecho mediante reforma operada sobre la Ley del Mercado de Valores (LMV) a través de la Ley 47/07 y plenamente vigente a la fecha de celebración del contrato que nos ocupa. Se trata de una normativa plenamente aplicable al caso que nos ocupa porque nos encontramos ante un contrato que tiene tanto de cobertura o estabilización de riesgo como de especulativo, tal y como ya antes se ha explicado. En este sentido cabe destacar que el artículo 78 bis de la LMV distingue entre los clientes de las entidades bancarias que presten servicios de inversión (como es en el caso que nos ocupa Banco Popular respecto del contrato de permuta financiera negociado con el Sr. González Lario) a los profesionales de los minoristas, siendo éstos los que disponen de experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones en la inversión y valorar correctamente sus riesgos, siendo minoristas el resto y en este caso concreto el demandante que carece de esos conocimientos técnico-financieros. Igualmente el artículo 79 bis de la misma norma detalla las obligaciones de información, dentro de la obligación de diligencia y transparencia de la entidad bancaria. De este modo la norma requiere que la información sea "imparcial, clara y no engañosa", y de manera más detallada exige también que la información sea la "adecuada sobre los instrumentos financieros y sobre gastos y costes asociados de modo que el cliente pueda comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero". E incluso la norma prevé que la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión debe incluir "orientaciones y advertencias necesarias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos".

La prueba practicada no permite concluir la prestación de esa debida información al consumidor. La declaración en juicio del Sr. Ibarquen González resulta insuficiente ya que se limitó a expresar manifestaciones de parte en el sentido de que explicó el contrato al cliente y de que le presentó múltiples simulaciones de distintos escenarios posibles con subidas, bajadas y riesgos, todo lo cual, sin embargo, no consta documentado en este procedimiento. Además no se ha demostrado el contenido de los test de conveniencia que, según la parte demandada, practicaron con el demandante (documento nº 3 de su contestación) ni el contenido de las "condiciones generales para la prestación de servicios de inversión" entregadas al demandante (según el documento nº 4).

La principal alegación contenida en la contestación a la demanda va referida a la claridad intrínseca del propio documento contractual porque en el mismo se hacen referencias a los riesgos para el cliente. Sin embargo esto no puede dar lugar a la consideración de que la voluntad contractual de la parte demandante estaba suficientemente formada conforme a una información completa, porque tales referencias no constituyen información bastante ni exacta. Se trata de cláusulas tipo redactadas unilateralmente y sin ajustarse a las singularidades del caso concreto pues apenas brindan una referencia absolutamente genérica y manifiestamente insuficiente a que el cliente "asume" y "conoce" el riesgo de tener que "pagar una cantidad correspondiente a la liquidación al tipo fijo superior a la que le corresponda cobrar por la liquidación al tipo de interés variable sobre el importe nominal". Son referencias que no colman las exigencias legales antes vistas y que no se ajustan a las circunstancias del contrato -tanto en lo relativo a su fuerte componente especulativo, con similar peso en la posición de los contratantes de la estabilización de riesgos originariamente pretendida, como en lo referente a las desconocidas condiciones de cancelación- el cual requeriría en su caso de una mayor y mejor concreción de su alcance en el caso de que se defienda que la información suficiente deriva de su propio tenor literal.

SÉPTIMO.- Todo lo expuesto es revelador de la efectiva concurrencia en el caso que nos ocupa de un error invalidante del consentimiento prestado por D. al firmar el contrato de permuta financiera que nos ocupa, error derivado del total desconocimiento del verdadero contenido del contrato y el auténtico alcance de las obligaciones contractuales que adquiriría, derivado de la deficiente e insuficiente información brindada. Procede en consecuencia declarar la nulidad del contrato ya que ese error es sustancial, al recaer sobre un elemento esencial del mismo como es el consentimiento, y excusable ya que ninguna prueba de las ofrecidas ha revelado

que la parte demandante ostentase un conocimiento y dominio previo sobre este tipo de acuerdos bancarios y sobre todas sus implicaciones.

El efecto jurídico de la declaración de nulidad contractual declarada viene determinado en el artículo 1303 del Cc, según el cual "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses". En el caso que nos ocupa la parte demandante concreta en 13.744,04 euros la cuantía reclamada como cargo efectuado en liquidación del contrato ahora declarado nulo. Sin embargo la documentación presentada no resulta suficientemente demostrativa de una detracción en tal cuantía, ya que el documento nº 2-1 es un mero comunicado de valoración. Por lo tanto en esta sentencia no puede determinarse un pronunciamiento condenatorio determinado, sino que ha de decretarse el objeto genérico de la nulidad indicado en el citado artículo 1303 del Cc de manera que se producirá la ineficacia de las partidas de cargo y de abono realizadas en la cuenta asociada al contrato declarado nulo y como consecuencia del mismo, y la necesaria restitución de las partes a la situación anterior a la formalización de aquél.

SÉPTIMO.- En cuanto al pago de las costas procesales el art. 394 de la LEC dice que deberá abonarlas la parte que haya visto totalmente desestimadas sus pretensiones, por lo que en el caso que nos ocupa han de imponerse a la demandada, al quedar estimada la demanda dirigida en su contra.

FALLO

ESTIMAR íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Blanco González, en nombre y representación de D.

, contra Banco Popular Español SA, y DECLARO la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito entre dichas partes el 30 de mayo de 2008, anulando los cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta asociada a dicho contrato, restituyendo a las partes a la situación anterior a la firma del mismo debiendo para ello devolverse las partes las cantidades percibidas derivadas del citado contrato con sus intereses. Todo ello con imposición del pago de las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias que, en su caso, deberá interponerse



ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha, por ante mí la Secretario, de lo que doy fe.

