

Roj: SAP LU 359/2011
Id Cendoj: 27028370012011100248
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Lugo
Sección: 1
Nº de Recurso: 188/2011
Nº de Resolución: 247/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE RAFAEL PEDROSA LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CUMPLIMIENTO OBLIGACIONES

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN 1ª

S E N T E N C I A N º 247

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ

D. JOSE LUIS QUIROGA DE LA FUENTE (Suplente)

Lugo, dos de mayo de dos mil once.

La Ilma. Audiencia Provincial de Lugo ha visto en grado de apelación el **Rollo de Sala n.º 188/2.011** , dimanante del Juicio

Ordinario n.º 659/2.010 seguido en el **Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Lugo** sobre declaración de nulidad contrato y

reclamación de cantidad; siendo apelante el demandado **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.** , representado/a por el/la

procurador/a Sra. Iglesias Penelas y asistido/a del letrado Sr/a. Sanchez Magariños y apelado/a el demandante **D. Bienvenido** , representado/a por el/la procurador/a Sr/a. Mourelo Caldas y asistido/a del letrado Sr/a. Roibás Vázquez;

actuando como ponente el Magistrado, Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 16 de diciembre de 2.010 el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Lugo, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Que estimando la demanda planteada por Don Bienvenido , representado por el Procurador D. Manuel Mourelo Caldas, contra la entidad Bancaria "Banco Popular Español S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato de **permuta financiera** de

tipos de interés referido en el hecho primero de la demanda, condenando a la entidad demandada a devolver las cantidades percibidas en virtud del mismo, restituyendo igualmente el interpelante las cantidades percibidas por el referido contrato. No procede especial condena en costas."

SEGUNDO .- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por Banco Popular Español S.A., teniéndose por preparado el mismo y cumplidos los trámites del *art. 458 y siguientes de la L.E.C. 1/2000* se elevaron los autos a la Audiencia Provincial para la resolución procedente, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Primera.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en lo que no se oponga a lo que, a continuación, se expone, y

PRIMERO .- Señala el recurrente que el contrato de **permuta financiera** de tipos de interés es un contrato habitual en el tráfico bancario y no es una institución jurídica reciente o desconocida en nuestro ordenamiento jurídico no siendo un contrato extraño o retorcido y no puede confundirse con un contrato de seguro. Añade que fue solicitado por él y recibió plena información, y que, en todo caso, corresponde al demandante-apelado probar la concurrencia de un error en el consentimiento pactado.

SEGUNDO.- Expuestos así, en resumen, las alegaciones del banco recurrente debe comenzarse diciendo que cuando es negado como efectuó la parte actora que existiera un correcto asesoramiento e información sobre los peligros que entrañaba el contrato que se suscribía y las operaciones reguladas corresponde a la contraparte, entre otras cosas por la facilidad probatoria, que afirma tal hecho la prueba de que se le suministró dicha información pero de la prueba practicada no resulta que tal información con concreción específica de los riesgos que podían resultar y más tratándose de una entidad bancaria con sus equipos técnicos conocedores exhaustivos del mundo financiero y bancario y enfrente un cliente que no puede considerarse profesional, sino evidentemente minorista que busca seguridad y no entrar en juegos de tipo especulativos con productos que son verdaderos contratos de adhesión siendo la entidad bancaria la que establece y redacta las estipulaciones y siendo aquella entidad la que introduce el producto en el mercado, producto de cuya complejidad no cabe duda, tratándose de un producto financiero derivado, complejo y de alto riesgo y de carácter claramente especulativo y si bien en las condiciones generales del contrato se expresa que las partes conocen y aceptan las condiciones generales como las específicas respecto a la liquidación no deja de ser una cláusula de estilo que en este tipo de contratos nada prueba respecto al verdadero conocimiento del mismo y de sus riesgos.

No se ha acreditado que el demandante-apelado tuviese los conocimientos necesarios para no ser considerado un cliente minorista a los efectos legales y reglamentarios debiendo gozar por ello de la necesaria protección que se reserva a los clientes que ostentan tal carácter ni que la información fuese lo suficiente exhaustiva para que se pudiese presumir la inexistencia de error en el consentimiento alegada por el apelado y es que la ley del mercado de valores así lo exige cuando obliga a comportarse con diligencia y transparencia y *R.D. como el de 3/5/93 y 15/2/08* exigen y obligan a ello sin que se oculten los riesgos existentes y más tratándose de clientes no profesionales. Piénsese también que la entidad bancaria dispone elementos técnicos y personales capaces de preveer con alto grado de certeza las posibilidades evolutivas del mercado financiero y las más concretas en temas específicos como el de la bajada o subida de tipos de interés, con lo que se coloca en una posición de preeminencia sobre el cliente minorista.

En el mismo sentido se orienta la nueva *ley de mercado de valores de 2.007* redundando en lo ya expuesto y que es ocioso repetir. El hecho de que tipos de contrato como el efectuado lleven cierto tiempo en el mercado no garantiza su simplicidad ni el conocimiento de sus riesgos. No consta que el director de la sucursal que contrató hubiese ofrecido el asesoramiento mínimo exigible y la manifestación de la demanda de que el contrato se vendió como un seguro es fácilmente creíble no siendo refutada fehacientemente dicha manifestación por la hoy entidad apelante. Finalmente señalar como típico caso de oscuridad que va en contra y transgrede la normativa no solo contractual en general sino la específica en casos como el presente es la contenida en la *cláusula cuarta del contrato (folio 21 de las actuaciones)* cuando afirma que el cliente podrá desistir del contrato avisando con antelación... y 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, fórmula que hace imposible la determinación del importe de la cancelación aún en supuestos de clientes con mayores conocimientos financieros y es ilustrativo al efecto que para calcular el coste de una cancelación se efectúe en la Mesa de Tesorería de Madrid y no en la propia sucursal contratante lo que no habla a favor de que se trate de procedimientos sencillos. En resumen, se ha

producido un error en el consentimiento, error que recae sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, es decir, sobre un elemento esencial del contrato y que no cabe imputar al demandante y hoy apelado en el que colaboró de modo esencial la contraparte que no llevó a cabo con la diligencia exigible el necesario asesoramiento sobre el producto y sus riesgos, por todo lo cual, teniendo en cuenta lo dispuesto en los *artículos 1.265 y 1.266 y 1.300 y siguientes del Código Civil* tiene lugar la nulidad del consentimiento lo que implica la nulidad contractual con el efecto de la recíproca restitución de las prestaciones entre las partes tal y como se estableció en la sentencia apelada que se confirma por lo expuesto y por sus propios y acertados fundamentos que se dan por reproducidos en todo aquello que no se oponga a lo aquí expuesto para evitar innecesarias repeticiones.

TERCERO.- Pese a que se desestima el recurso, la complejidad de la cuestión examinada con resoluciones de diverso sentido lo que provoca la existencia de dudas sobre la materia tratada, lleva a que, conforme a lo establecido en el *artículo 398.1* en relación con el *artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, **no** se haga una expresa imposición de las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

La Sala acuerda: Que desestimando el recurso formulado contra la sentencia dictada en fecha 16 de Diciembre de 2.010 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de esta ciudad, debemos confirmar y confirmamos la misma y sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada.

Transfiérase a la cuenta especial 9900 el depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.