

POR FAX 20 MAYO 2011**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE ANDÚJAR (JAÉN)****PROCEDIMIENTO: Juicio ordinario 180/2010****SENTENCIA nº 68/11**

En Andújar, a 12 de mayo de 2011

Vistos por mí, Doña Lucía de la Fuente Seoane, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de Andújar, los autos correspondientes al juicio ordinario 180/2010, en los que ha sido partes demandantes Don JUAN , representada por la procuradora Sra. Molero Hernández y defendida por el letrado Sr. Carazo Carazo, y parte demandada "BANCO POPULAR ESPAÑOL, bajo la representación procesal del procuradora Sr. López Nieto y la defensa técnica del Sr. Lozano Estévez, de ellos se infieren lo siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora Sra. Molero Hernández, en nombre y representación de Don Juan , presentó demanda de juicio ordinario y la documentación que la acompaña, que, tras ser turnada a este juzgado, dio origen al juicio ordinario registrado con el número 180/2010. En el suplico de dicha demanda se solicitaba que se dictase sentencia por la que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera suscrita entre las partes, incluyendo la devolución de los 247,41 euros cargados en la cuenta como primera liquidación por parte del Banco de Andalucía al Sr. , más todas las cantidades cobradas por cualquier conceptos derivadas del contrato nulo, incluidas las que puedan devengarse con posterioridad a la presentación de la presente interpelación judicial, así como a las costas devengadas.

SEGUNDO.- El procurador Sr. López Nieto, en nombre y representación del Banco Popular Español, presentó el 31 de mayo de 2010 escrito por el que presentaba contestación, oponiéndose a la demanda, y solicitando que se dictase sentencia desestimatoria y absolutoria, con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- La audiencia previa tuvo lugar el 4 de noviembre de 2010. Abierto el acto, los letrados de las dos partes se afirman y ratifican en sus escritos de demanda y de contestación a la demanda respectivamente, y manifiestan la imposibilidad de llegar a un acuerdo. En la contestación no se plantearon excepciones



de tipo procesal que debieran ser resueltas en la audiencia previa. La parte actora impugna el documento nº 2 aportado con la contestación. Se fijan los hechos controvertidos, y las partes proponen los medios de prueba que consideran oportunos, admitiéndose aquéllos que resultan pertinentes y útiles a los efectos del proceso.

CUARTO.- El juicio oral tiene lugar el 10 de abril de 2011, en la que se practican los siguientes medios de prueba: las testificales de Don Rafael [redacted], Doña Antonia [redacted] y Don Juan [redacted].

Una vez practicada la prueba, los letrados de las partes formulan sus conclusiones; y quedan los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Don Juan [redacted] y Doña Teresa [redacted] suscribieron con el Banco de Andalucía un contrato de préstamo hipotecario de fecha 4 de marzo de 2005, por un importe de 130.000 euros, con un tipo de interés variable. La hipoteca gravaba el complejo turístico " [redacted] " de titularidad del citado matrimonio sito en la carretera de la [redacted], de Andújar (Jaén).

SEGUNDO.- El 22 de febrero de 2007 Don Juan [redacted] acudió a la sucursal del Banco de Andalucía de Andújar en donde quien era jefe de cartera, Don Juan de [redacted], le ofreció la posibilidad de formalizar un contrato de permuta financiera de tipos de interés ("IRS"), sin informarle debidamente de los riesgos que comportaba. Don Juan de Dios firmó ese día el contrato ignorando el alcance real del mismo, y las consecuencias que en su contra tendría el contrato si el tipo fijo pactado (4,545%) superaba al variable de referencia (euribor a 12 meses).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora pretende a través de su demanda que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha el 22 de febrero de 2008 concertó con el Banco de Andalucía. Dicha pretensión se fundamenta jurídicamente en el ejercicio de, por una parte, la acción de nulidad por vicio del consentimiento consistente en el error del demandante al suscribir el contrato (artículo 1266 del Código Civil) y, por otra, en la acción de nulidad por contener el contrato cláusulas abusivas (en especial, la cuarta), poniendo ambas acciones en relación con el incumplimiento de la normativa del mercado de valores que imponen a las entidades un deber de información exhaustivo y que detalla en la fundamentación jurídica de la demanda, reproduciendo el articulado de las principales leyes y reglamentos. La parte actora comienza el relato fáctico de su demanda exponiendo que el demandante, Don Juan [redacted], es propietario junto con su esposa Doña Teresa [redacted], del complejo



turístico sito en la carretera de la _____ de Andújar, y que ambos suscribieron con el Banco de Andalucía un préstamo con garantía hipotecaria el 4 de marzo de 2005 que gravaba el referido complejo. Indica que es la esposa del demandante quien, como directora general de la empresa, se encargaba de la contabilidad y gestión bancaria. Sin embargo, el 22 de febrero de 2008 Don Juan _____ acudió sólo a la sucursal del Banco de Andalucía de Andújar y, según indica la demanda, el empleado de la misma, Don Juan de _____ le "abordó", ofreciéndole el contrato de permuta financiera, tras asegurarle que se trataba de un seguro por el cual si los tipos de interés variable pactados en su hipoteca subían, al finalizar la anualidad, se efectuaría una liquidación en la que en banco le ingresaría la diferencia en una cuenta vinculada. Seguidamente, el demandante firmó el contrato, sin que le entregaran copia del contrato ni información adicional alguna.

La entidad bancaria demandada se opone a la demanda negando que el contrato de permuta financiera fuera de fecha el 22 de febrero de 2008, sino que fue suscrito entre las partes el 22 de febrero de 2007, lo que excluiría la aplicación de parte de la normativa tuitiva del cliente minorista de este tipo de productos financieros que invoca la actora en su demanda (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, pro el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de consumidores y usuarios, la Ley 47/2007, del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008). Asimismo alega que el demandante aceptó una rebaja de las condiciones de la liquidación, tras haber sido realizada la primera liquidación, y que se plasmó en la que se realizó el 4 de marzo de 2010, pactándose una nueva rebaja. También alega que no concurrió error en el consentimiento, pues el contrato establece expresamente una condición particular, la tercera, que informa expresamente al cliente que en el caso de que la liquidación al tipo fijo fuese superior a la que correspondería cobrar por la liquidación al tipo variable, el cliente podría tener que pagar cierta cantidad de dinero a favor del banco.

Atendidos los escritos de alegaciones, en la audiencia previa quedaron fijados los hechos controvertidos en los siguientes: 1) la fecha del contrato de permuta financiera; 2) si existió error en el consentimiento cuando el demandante firmó el contrato por falta de información; 3) si existen cláusulas oscuras y abusivas en el contrato (que determinarían su nulidad). En virtud de lo anterior, la nulidad del contrato puede resultar de apreciarse que el demandante incurrió en un vicio del consentimiento (error), en relación con la falta de información al cliente de las obligaciones que asumía; o/y si las cláusulas del contrato y, en particular la de cancelación anticipada prevista como condición general cuarta, es abusiva y oscura y, en consecuencia, nula de pleno derecho.

SEGUNDO.- Doctrina jurisprudencial sobre el error como vicio del consentimiento determinante de nulidad del contrato.

El artículo 1266 del Código Civil (CC en adelante) dispone que "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer 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". Hay que partir de los requisitos exigidos por la doctrina legal para que el error en que incurriese el contratante pueda determinar la nulidad del contrato. El consentimiento es un requisito esencial del contrato cuya



ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (*Sentencia T.S. 20 de abril de 2001*). El artículo 1265 del Código Civil sanciona con la nulidad del contrato (en estrictos términos jurídicos, debería decir "anulabilidad") los vicios del consentimiento como el error. Para que el error invalide el consentimiento, según el artículo 1266 del mismo cuerpo legal, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración. Es doctrina legal recogida en la *STS 10/4/99 de 6 de febrero, de 18 de abril de 1978*, que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (*sentencias de 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964, de 1 julio 1915 y 26 diciembre*), que no sea imputable a quien lo padece (*sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957*) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (*sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963*).

Además, para que el error del consentimiento invalide el contrato, además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el artículo 7 del Código Civil. Es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (*sentencia 4 enero 1982, de 18 febrero 1994*).

Por otra parte, la *sentencia de 30 mayo 1991* establece que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (*sentencias de 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968*), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él.

También se ha distinguido el error obstativo y el error como vicio del consentimiento, que produce consecuencias jurídicas diversas. Así el error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente. Sin embargo, el error como vicio del consentimiento determina la anulabilidad del contrato, puesto que el contrato existe en tanto reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa). El error vicio supone que ha habido error en la voluntad, y el error obstativo que la ha habido en la declaración y determina la inexistencia o nulidad radical por la falta de uno de los elementos del contrato (*STS. 22 de diciembre de 1999 y 10 de abril de 2001*).

TERCERO.- Contratos de permuta financiera. Definición, clases y regulación.

Las operaciones de permuta financiera o swaps ha sido definidos como contratos en los que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios, expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables, durante un cierto período de tiempo. Dentro de estas estructuras podemos distinguir entre swaps de tipos de interés, de divisas, de commodities o materias primas y de acciones. Las más utilizadas son las de tipos de interés. Un swap de tipos de interés, o swap de intereses, es un contrato en el que dos



partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. En el caso más habitual una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo o bien variable, pero referenciado, en este supuesto, a otra base distinta. Dicho de otro modo, y reproduciendo la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Salamanca de 30 de marzo de 2011 (ROJ: SJPI 10/2011) “en el swap de tipo de interés estamos, en realidad, ante un “juego financiero”, basado en la incertidumbre y aleatoriedad, en los que los contratantes apuestan a un pago-cobro de intereses, según evolucione el tipo básico de referencia. Convenido el tipo fijo para el cliente, la entidad financiera se reserva el tipo variable indexado al euribor, de forma que si el interés variable supera el fijo, la liquidación presentará un saldo a favor del cliente, mientras que será éste quien pague al banco si el tipo de referencia desciende por debajo del tipo final”.

Respecto a su regulación, este tipo de producto financiero que aparece vinculado a los préstamos hipotecarios bancarios adquirió carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, que permitía en su artículo 19 que las entidades bancarias ofrecieran a sus deudores hipotecarios instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés variable, exigiendo que las características de este tipo de instrumentos se hicieran constar en las ofertas vinculantes y “en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito”. Dicho Real Decreto fue posteriormente refrendado por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, que reproduce en su artículo 19 la norma reproducida del Real Decreto Ley, a excepción de que la nueva ley elimina toda referencia al coste de estos instrumentos financieros que sí recogía el Real Decreto.

La tendencia legislativa desde el año 2003 ha sido la de exigir un mayor grado de información y documentación de la operación por parte de las entidades que ofertan este tipo de contratos financieros a su clientes, sobre todo cuando estos se trata de minoristas. Así el artículo 78 bis y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, que introdujo la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la Ley 24/1988, distinguiendo el primero entre clientes profesionales y clientes minoristas de las empresas de servicios de inversión, y exigiendo el segundo que éstas soliciten información a los clientes de sus conocimientos y experiencia respecto al producto contratado, para que adviertan de los riesgos que asumen con la contratación.

CUARTO.- Expuesto lo anterior, resta por analizar si el demandante incurrió en error a la hora de contratar la permuta financiera, teniendo en cuenta: 1) las características del contrato, 2) la información que se le proporcionó por la entidad bancaria demandada, y 3) la formación financiera del Sr

Respecto al primero de los parámetros, del anterior fundamento jurídico resulta que el contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) número 00004-03069-263-0000047 que se aporta como documento nº 1 de la demanda pertenece al tipo de



instrumentos financieros denominados “swaps” de tipo de interés, y que se formalizó entre el Banco de Andalucía y un particular no profesional. Pues bien, los contratos “swap” o de permuta financiera sobre tipos de interés son productos financieros de difícil comprensión, en la que se efectúan cálculos y liquidaciones con determinados índices que escapan a quien no está familiarizado o no se dedica de forma profesional a este tipo de operaciones. El hecho de que no supongan coste alguno en apariencia para el cliente, esto es que el cliente no tenga que hacer ningún desembolso inicial de dinero para la contratación, puede incrementar su confusión, puesto que el capital de referencia es nocional a los meros efectos liquidativos. Además las entidades bancarias suelen presentar al cliente este tipo de productos financieros bajo la forma de contratos de adhesión, lo que no ayuda a que el cliente minorista tenga conocimiento real de los riesgos que asume con la contratación.

Como se ha adelantado, a la complejidad del contrato hay que unir la oscuridad y falta de claridad de sus cláusulas lo que, sin duda, contribuyó a que el consentimiento del demandante se viera viciado por el error, al desconocer el alcance del contrato y los riesgos inherentes al mismo. Basta observar la condición general segunda referida al cálculo, en la que se contiene una fórmula ($CR=CF-CV$) y unas explicaciones que escapan, en mucho, a la comprensión de quien no se dedica a este tipo de operaciones financieras. En el mismo sentido, las definiciones que comprende la condición general primera o la ya aludida cláusula de rescisión del contrato (cláusula 4ª). En este sentido, se comparte lo argumentado en el fundamento jurídico tercero de la referida SAP de Jaén de 27 de marzo de 2009: “A mayor abundamiento de lo que antecede no puede olvidarse la protección que ofrece al consumidor la *Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 de 19 de julio*, vigente al tiempo de firmarse los contratos que nos ocupan. En particular el artículo 10 de la norma en cuestión fija las condiciones que han de cumplir las cláusulas no negociadas individualmente: a) claridad, concreción y sencillez en la redacción sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que en todo caso deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) entrega al interesado del recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación; c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Y sobre todo que en caso de duda sobre el sentido de la cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. En el mismo sentido se pronuncia el vigente *Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre en su artículo 80*.”

Así pues, aunque no tengan la condición de abusivas las cláusulas que lo integran, por no concurrir los requisitos del artículo 10 bis de la *Ley anteriormente citada*, o los del 82 de la vigente Ley reguladora de los Consumidores o Usuarios, lo cierto es que tampoco las cláusulas han sido acordes con la protección que los consumidores merecen, y éste argumento, si bien no determina la nulidad de pleno derecho por abusivas, si contribuye a declarar la nulidad del contrato por el vicio de consentimiento que su inadecuada redacción supone”.

Lo anterior enlaza con el segundo de los parámetros a considerar (información del banco al cliente). Como se ha dejado expuesto, la tendencia legislativa se dirige a exigir de las entidades que ofrecen este tipo de productos financieros una labor de especial información al cliente (sobre todo, al no profesional o minorista), respecto a los riesgos financieros que asume y que se condicionan a la evolución de los tipos de interés. En este sentido, uno de los hechos controvertidos era la fecha del contrato, pues si éste fuera concertado el 22 de febrero de 2008 resultarían de aplicación las especiales



exigencias de información y formalización del contrato impuestas a las entidades financieras a favor de los clientes minoristas, en los citados artículo 78 bis y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, ya que los mismos entraron en vigor el 21 de diciembre de 2007, no siendo de aplicación si el contrato fuera de fecha 22 de febrero de 2007. Así, la parte demandante afirma que el contrato se suscribió el 22 de febrero de 2007, y la demandada el 22 de febrero de 2008. Así, el contrato cuya copia se aporta como documento nº1, lleva por fecha 22-02-2007, y el anexo del contrato "ref.solicitud contratación permuta sobre tipos de interés" que forma parte de dicho contrato aparece fechada el 22-2-2008.

De la prueba practicada resulta que el contrato fue concertado el 22 de febrero de 2007:

1) La parte demandada aporta como documento nº 1 de su contestación acta notarial de exhibición de documentos, en el que la Notario Doña Inmaculada Fernández-Martos Gaya, da fe de que en dicho acto se le exhiben los contratos de permuta financiera de tipos de interés números 00004-03069-263-0000046, y 00004-03069-263-0000049, siendo el primero de fecha 22 de febrero de 2007 y el segundo, de 23 de febrero de 2007. Por lo tanto, el contrato que firmaron los litigantes nº 00004-03069-263-0000047, debía formalizarse entre los dos exhibidos a la Notario, y no un año después como pretende la parte actora.

2) Asimismo, figura en el contrato como representante del Banco de Andalucía Don Juan de que según certificación del Banco Popular aportada como documento nº 2 de la contestación, fue trasladado de la O.P de Andújar el 21 de mayo de 2007 a Alhama de Granada, como director de sucursal, extremo éste que ratifica el propio Don Juan al prestar testimonio en juicio.

Sin embargo, el que no resulten de aplicación los preceptos antes enumerados por no encontrarse en vigor, no supone que de la anterior regulación y normas complementarias no existiera un deber legal de información por parte de las financieras que ofrecían este tipo de productos. En este sentido, es interesante reproducir parte de la sentencia a la que hace alusión la fundamentación jurídica de la demanda de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén, de 27 de marzo de 2009, en su rollo de apelación nº 311/2008, que estimó la nulidad de un contrato de permuta financiera similar al que nos ocupa del año 2004, esto es, anterior a la entrada en vigor de los artículos citados de la LMV. En su fundamento jurídico cuarto indica la referida sentencia que "Como puede observarse, a la vista de los documentos referidos, se trata de un contrato tipo, que como tal ha de ajustarse por la fecha de su redacción al Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El artículo 14.2 de la referida norma dispone que los contratos tipo deberán de contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustados en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. Pues bien, en primer término, y según lo preceptuado en el artículo 15.1 del mismo texto legal, resulta obligatoria la entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, porque precisamente lo suscrito fue un contrato tipo (...) En este sentido, el artículo 5.3 del Real Decreto que comentamos dispone que la información a la clientela debe ser



clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrate. Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E. en su artículo 31, 2006/73, el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 629/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas. Es de mencionar de igual modo el Real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril sobre medidas de reforma económica. En su artículo 19 dedicado a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios. El párrafo 1º del precepto dispone que las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. Asimismo el párrafo segundo establece que las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Además, las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativos a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictados al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito”.

Atendiendo contenido del contrato se observa que la condición general tercera impone una fase previa a la contratación de especial información al cliente: “El comprador (cliente) habrá solicitado al vendedor (banco), en el modelo correspondiente, la celebración de una operación IRS, señalando el/los importe/s nocial/es, el plazo de duración, la existencia de una única liquidación o de varias liquidaciones, las fechas de inicio o vencimiento de cada periodo de liquidación, y el tipo de interés fijo y tipo de interés variable de referencia. El vendedor informará al comprador de su aceptación o no de la operación propuesta. En caso de contestación afirmativa le entregará este contrato debidamente cumplimentado (...)”. Sin embargo, en este supuesto la fase previa y la contractual se concentran en un solo día, pues el 22 de febrero de 2007 (pues se ha considerado acreditado que en dicha fecha se formalizó el contrato) el demandante firma la solicitud (anexo) y el contrato de permuta financiera, sin que conste en autos documento del banco referido a la aceptación propuesta.

El testigo Don Juan de _____, jefe de cartera de la sucursal de Andújar del Banco de Andalucía que intervino en su nombre en el contrato, declara en juicio que proporcionó información al cliente. Sin embargo, dicho testimonio debe ser valorado con las debidas cautelas, atendida la relación laboral que sigue uniendo al testigo con la entidad demandada y las posibles repercusiones que podría traerle la estimación de la demanda por ser él quien intervino en el contrato y quien, en caso de



estimarse la demanda, no habría proporcionado la información precisa al demandante. Además en el juicio reconoce que no informó al cliente acerca de algunas de las condiciones de la contratación, en concreto de la cláusula cuarta de rescisión, porque, según manifestó, "el cliente no le preguntó".

Resta por determinar si el contrato de permuta financiera y la información suministrada al cliente por el Banco de Andalucía colma las exigencias legales en vigor a la fecha del contrato, y si éstas resultan insuficientes y condujeron a un error en la prestación del consentimiento del demandante. Es cierto que el contrato aportado como documento nº 1 de la demanda contiene en sus condiciones particulares una cláusula tercera referida a la información al cliente sobre "la negociación de derivados", estableciéndose de forma literal 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 a la práctica habitual de los mercados financieros. En el caso de las operaciones IRS objeto del presente contrato, se especifica que el riesgo consiste en que en 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 correspondiente a la liquidación a Tipo Fijo superior a la que corresponda cobrar por la liquidación del Tipo de Interés Variable sobre el Importe Nominal. Asimismo, en los supuestos de cancelación anticipada, el CLIENTE pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera".

La pregunta que cabe hacerse es si dicha información es suficiente teniendo en cuenta las características y nivel educativo del actor, que se ha establecido como el tercer parámetro a tener en cuenta para estimar si éste incurrió en error. En este sentido, la demanda afirma que el demandante firmó el contrato que le presentó Don Juan ... sin explicación adicional alguna, "abusando de su confianza y de su escasa formación financiera, porque para comprender las cláusulas contenidas en el contrato, hay que tener unos conocimientos y formación de la que el Sr. ... carece", por lo que éste incurrió en error al contratar. Dichas circunstancias son negadas categóricamente por la entidad demandada. Sin embargo, tratándose el error de un vicio del consentimiento que afecta, lógicamente, al conocimiento y voluntad del demandante, la prueba que permitiría arrojar luz acerca de dicho extremo sería el interrogatorio de éste como parte. Dicho medio de prueba sólo la pudo proponer la parte demandada. Sin embargo, el Banco de Andalucía no propuso en la audiencia previa el interrogatorio del demandante, privando a la juzgadora de la posibilidad de apreciar o valorar la formación financiera y conocimiento de lo contratado por parte del actor. Dicha ausencia probatoria perjudica a la entidad demandada en virtud de la carga de la prueba, por aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217.7 de la LEC.

Por su parte, la actora ha desplegado prueba que acredita cuál era el modo de proceder del Banco de Andalucía, en su sucursal de Andújar, para la captación de clientes de este tipo de productos financieros. La testigo Doña Antonia ... expuso en el juicio oral un caso similar al que describe el actor en su demanda: dicha testigo tenía un contrato de préstamo hipotecario con tipo de interés variable concertado con el Banco de Andalucía, y explica como con sus propias palabras "le abordó un empleado" para contratar un "seguro", diciéndole que era para clientes privilegiados, que no le supondría perjuicio alguno y que era para pagar menos de hipoteca. Continúa



indicando que no le informaron de que el EURIBOR estaba subiendo y no bajando, de los cálculos a efectuar en caso de rescisión del contrato, ni de que era un contrato de riesgo financiero. Asimismo, explica que es la vicepresidenta del grupo de afectados, compuesto por unas 130 personas. Y preguntada al efecto, dice conocer al demandante y que no sabe prácticamente ni leer ni escribir.

Atendidas las anteriores consideraciones, se estima que concurre error en el consentimiento prestado por el actor, con la consecuencia de que ambas partes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, al amparo del artículo 1303 del Código Civil.

QUINTO.- En materia de costas, se condena a su pago a la parte demandada en tanto ha visto rechazadas sus excepciones (artículo 394.1 de la LEC).

FALLO

Que, estimando la demanda presentada por la procuradora Sra. Molero Hernández, en nombre y representación de Don JUAN debo:

- declarar y declaro nulo el contrato celebrado entre Don JUAN y el Banco de Andalucía el 22 de febrero de 2011, de permuta financiera de tipos de interés ("IRS") con número 00004-03069-263-0000047,
- debo condenar y condeno a que ambas partes se restituyan las cantidades cobradas o pagadas como consecuencia de las sucesivas liquidaciones derivadas de dicho contrato, o por cualquier concepto que traiga causa del referido contrato, incluidas las que pudieran devengarse con posterioridad a la demanda.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de APELACIÓN, que deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS, a partir del día siguiente al de su notificación.

Líbrense testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales, llevándose el original al libro de sentencias de este Juzgado. Notifíquese.

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



Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la jueza que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.