

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN
 NÚMERO 6 DE MANRESA
 Juicio Ordinario n° 790/2010

NOTIFICAR

6 JUNY 2011

M. Teresa Coll Rosines

SENTENCIA n° /2011

En Manresa, a 1 de junio de 2011

Vistos por mí, Laura Gómez Lavado, magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 6 de esta localidad, los presentes autos de juicio ordinario seguidos ante este Juzgado con número 790 de 2010 a instancia de [redacted] representada por la Procuradora de los tribunales Teresa Coll Rosines y asistido por el letrado Juan Ignacio Navas, contra BANCO POPULAR representado por el Procurador de los tribunales Joan Comas Masana y asistido por la letrada [redacted]. Es objeto principal de la demanda la declaración de nulidad contractual con restitución de cantidades abonadas por el actor como consecuencia de dicho contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 14 de julio de 2010 la Procuradora de los tribunales Teresa Coll interpuso, en nombre y representación de [redacted] demanda de juicio ordinario contra BANCO POPULAR. Tras su admisión por Decreto de 14 de septiembre de 2010, se dio traslado al demandado que se opuso mediante escrito presentado el 29 de octubre de 2010

SEGUNDO.- Tras la admisión de la contestación a la demanda por Diligencia de 10 de noviembre de 2010, se citó finalmente a las partes para la celebración de la audiencia previa el 12 de enero de 2011

TERCERO.- En el acto de la audiencia, tras ratificarse en sus respectivos escritos, la parte actora propuso como prueba la documental por reproducida, el interrogatorio del legal representante del Banco Popular, la testifical de [redacted] y [redacted] admitiéndose toda la prueba; por su lado la parte demandada propuso la documental por reproducida, el interrogatorio de la parte actora y la testifical de [redacted] y [redacted], siendo todo ello admitido. Las partes fueron citadas para el juicio el día 16 de marzo de 2011.

CUARTO.- Una vez abierto el acto del juicio, practicada la prueba propuesta y admitida y tras las conclusiones de las partes, quedaron las actuaciones pendientes de resolver.

QUINTO.- En el presente procedimiento se han observado todos los requisitos legales de tramitación, y otros preceptos de pertinente aplicación, a excepción del plazo para dictar sentencia, por compatibilización de la elevada carga de asuntos civiles con los servicios de guardia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Demanda: Se indica que el cliente era cliente habitual de la sucursal de Mojà del Banco Popular y que fue el propio Director [redacted] quien le llamó para decirle que era posible que subieran los tipos de interés y por ello quería ofrecerle un producto en el que el Banco hacía de intermediario, y que era como un seguro que protegía frente a las subidas de interés, que era un producto ligado a la hipoteca por el que se estableció un tipo fijo del 4,283 %, indicándole que si subía se protegía su patrimonio, pero que nunca le dijo que pasaría si el interés bajaba. La suscripción de la permuta financiera de tipos de interés

se efectuó por el actor el mismo día que él y su esposa suscribieron ante notario la subrogación en préstamo hipotecario por valor de 243.409,90 euros, en tanto que el importe nominal de la permuta fue de 250.000 euros. El Sr. [redacted] contrató ese producto en teoría sin coste alguno, para lograr estabilidad ante la posible subida de los tipos (según el propio banco) y en ningún caso se le explicó qué ocurriría si bajaban los tipos, y tampoco en las condiciones particulares del contrato se hacía simulacro alguno, más allá de una simple explicación compleja y de difícil comprensión. Se trata de un contrato complejo, en cuanto a definiciones y fórmulas, y asimismo se dificulta la comprensión para el cliente del desequilibrio existente entre las partes, plasmado por ejemplo en el hecho de que se permita al banco la cancelación anticipada del producto sin más, pero no al cliente que debe preavisar con antelación de 15 días, pudiendo el banco repercutir sobre el cliente las cantidades resultantes de liquidar el producto.

Asimismo, tras explicar el producto "IRS", se insiste en su complejidad, que se contrató exclusivamente porque se vendió como un seguro, publicitando únicamente las condiciones positivas del producto y obviando cualquier explicación sobre los perjuicios.

Asimismo destaca que el banco utilizó publicidad engañosa, dirigida al colectivo de "ópticos" donde vinculaba el producto con la hipoteca cuando el IRS es independiente y debe mantenerse el producto derivado aunque se dejara de tener la hipoteca.

Se indica que en la primera liquidación entre 2008 y 2009 (porque había un año de carencia) recibió 450 euros, entre 2009 y 2010 el cliente debía pagar 8.223,27 euros y entre 2010 y 2011 resulta un saldo a abonar de 9.017,09 quedando un resultado final de 16.790,36 euros.

Por tanto, le hicieron suscribir un contrato de adhesión, no negociable, sin información suficiente y correcta, omitiendo el riesgo que efectivamente contraía con la contratación del producto, abusando de la relación de confianza con el cliente quien por otra parte carece de conocimientos financieros, por ser un producto no ajustado a las necesidades del cliente, causándole un error esencial e inexcusable, inevitable, determinante de la nulidad del contrato.

SEGUNDO.- Contestación a la demanda: Tras explicar el funcionamiento del Swap y concretamente la permuta de interés o "IRS" e indicar que el Banco de España obliga a las entidades financieras a ofrecer productos de cobertura de riesgos, indica que en el presente caso se contrató vinculado a la hipoteca que contaba con un 4,5% fijo de interés el primer año, y después Euribor+ 1,25%. Indica que se contrató la permuta el 30 de mayo de 2007 cuando el Euribor estaba en el 4,439 y su tendencia era alcista, y critica que haya esperado el cliente 3 años para pedir la nulidad, justo cuando la liquidación ha sido negativa. Indica asimismo que la práctica bancaria es una cuestión de exclusiva competencia de la CNMV, y no de los tribunales civiles, y parte de que el contenido del contrato de permuta es claro, que se fijó un tipo fijo del 4,921% con referencia en el Euribor a 12 meses y que a lo largo del contrato se explican los diferentes escenarios. Se critica que el cliente no se postulara acerca de la nulidad cuando recibió a su favor 450 euros, pero sí cuando se le notificó por el banco que debía pagar 8.223,27 euros, y sostienen la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, de modo que el coste de cancelación no supone una indemnización para el banco, sino una liquidación anticipada del contrato que puede beneficiar al banco o al cliente según el caso. Destaca que en este caso no concurren los requisitos para que el error determine la nulidad, al no ser esencial, ni ser excusable. Asimismo manifiestan que la cláusula de vencimiento anticipado ni es ambigua, ni es oscura, que está avalada por el Banco de España, y que no se trata de un contrato de seguro, ni tampoco de productos análogos a otros que sí han sido tachados de nulos por otras sentencias alegadas por la parte actora, y finalmente determina que el producto no es especulativo, sino de cobertura. En última instancia, indican que el actor no puede ir en contra de sus propios actos

TERCERO.- Régimen jurídico: El conflicto radica en el ámbito de figura de la "permuta financiera de interés" contrato atípico pero admitido según el art. 1.255 Cc y art. 2 LMV,

acerca de su régimen jurídico y adecuabilidad a todo tipo de clientes, en vinculación con el régimen ordinario de los vicios del consentimiento contractual, por error o dolo (art. 1261 y ss Cc), los efectos de la acción de anulabilidad (arts.1300 y ss Cc) , confirmación de los contratos (1309 y ss CC), la normativa de resolución de los contratos del art. 1124 Cc y análogos, así como los arts. 1265 y ss Cc sobre vicios del consentimiento, arts. 1281 y ss acerca de la interpretación de los contratos. Asimismo resulta de aplicación normativa directamente relacionada con el mercado de valores y, en relación a la normativa con la protección de los consumidores (TRLGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, en especial arts 1 a 5, 82 y ss y 90 y ss y la Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación)

CUARTO.- Cuestiones controvertidas: Son múltiples cuestiones las que resultan controvertidas pero que nacen de 3 cuestiones esenciales: Naturaleza jurídica del contrato de permuta ligada a la inflación; en segundo lugar si hubo o no hubo error del consentimiento determinante de la anulación del contrato, y la posible confirmación del mismo por la vía de la teoría de "los actos propios"

QUINTO.- Concepto del contrato de permuta financiera: La base de todas las acciones ejercitadas la encontramos en un contrato de gestión de riesgos financieros o SWAP que ha sido definido como *"Las acciones ejercitadas giran en torno al contrato de permuta financiera o tipos de interés, también denominado con el anglicismo swap. El mismo consiste someramente en un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de flujos de dinero en una fecha futura. Dichos flujos pueden, en principio, determinarse en función, ya sea de los tipos de interés a acorto plazo como del valor de índice bursátil o cualquier otra variable. Es utilizado para reducir el costo y el riesgo de financiación de una empresa o para superar las barreras de los mercados financieros. Como subtipo de este tipo de contratos, se conoce el swaps de tipo de interés, el más simple y conocido en los mercados financieros, consistente en 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."* (SJMercanti] nº 2 de Vizcaya de 15 de marzo de 2010)

Asimismo, la SAP de Asturias de 27 de enero de 2010, secc 5ª, dispone *"Nos hallamos ante el conocido en la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap). Es 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.*

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 si 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. “

Finalmente, la SAP de Cáceres de 18 de junio de 2010, secc 1ª, dispone “...Se trata de un swap de intereses, que viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación -contrato-, por la que las partes acuerdan intercambiarse ente sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada. También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como “un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable”. En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, término que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el artículo. 20.1, 18º, d) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera, o la Circular 1/1991, del Banco de España que desarrolla diversas medidas sobre liberalización del control de cambios dentro de la pauta marcada por el R.D. 1.816/1991, de 20 de diciembre. Por otro lado, el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, en su artículo 19 regula los instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés de los préstamos hipotecario. Igualmente, estos contratos de cobertura de riesgos de incremento de tipos de interés se regulan en la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica.

Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, 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. Como señala la doctrina, 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. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocial, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor.”

SEXTO.- En el presente caso, nótese que el consumidor actúa plenamente como consumidor, en tanto que destinatario final de la permuta, siendo de aplicación el TRLGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (que pese a ser de fecha posterior al contrato -30 de mayo de 2007- se limita a refundir normas preexistentes) y del Estatuto del consumidor en Cataluña de 5 de marzo de 1993, todo ello conforme al concepto de consumidor que ofrece la jurisprudencia, destacando por ejemplo la SAP de Barcelona, secc 1ª, de 14 de octubre de 2009 que dispone “El concepto de consumidor procede del derecho comunitario y a tal efecto, y con ánimo de delimitar esta figura, resultan de interés las distintas definiciones que encontramos en varias Directivas Comunitarias, de las que señalaremos algunas a título de ejemplo. Así, en la Directiva 85/577/CEE referente a los contratos negociados fuera e los establecimientos comerciales,

se define al consumidor como "toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúa para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional" (art. 2.1). En la Directiva 87/102/CEE se define al consumidor como "la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión". Y finalmente, en la Directiva 1999/44/CEE referente a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, se señala como tal a "toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional"

SÉPTIMO.- Si nos centramos en el grueso fundamental de la oposición debemos analizar si el actor suscribió el contrato de permutas con pleno conocimiento de lo que suscribía y de sus condiciones, y de si era un producto adecuado para él; y de no ser así, si el error fue imputable a la entidad bancaria y si el actor pudo actuar de modo más diligente para evitar dicho error. Para ello debe tenerse en cuenta la posición jurisprudencial del error así como la prueba obrante en las actuaciones, todo ello conforme los arts 1265 y ss Cc.

OCTAVO.- El error en la Jurisprudencia: Al respecto la jurisprudencia ha manifestado que "En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la S 18 Abr. 1978 de esta Sala que «para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1266 CC es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración -art. 1261.1 y SS 16 Dic. 1923 y 27 Oct. 1964- que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -SS 1 Jul. 1915 y 26 Dic. 1944- que no sea imputable a quien la padece -SS 21 Oct. 1932 y 16 Dic. 1957- y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado -SS 14 Jun. 1943 y 21 May. 1963-». De otra parte, como recoge la S 18 Feb. 1994, según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 CC; es inexcusable el error (S 4 Ene. 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración." (STS de 28 de septiembre de 1996, rec.nº 3954/1992)

Por otro lado, la STS de 26 de junio de 2000 indica acerca del error que "debe recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994 y 11 mayo 1998). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1996)."

Asimismo, la SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2010, rec.nº 704/2009, secc.11ª, sobre el error de consentimiento que "...no pudiéndose obviar que según STS 06/02/98 "En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la Sentencia de esta Sala de 18 abril 1978 (RJ 1978\ 1361) que «para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1265 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración -art. 1266.1º y Sentencias de 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964 (RJ 1964\ 4735)- que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -Sentencias de 1 julio 1915 y 26 diciembre 1944 (RJ 1945\ 116)- que no sea imputable a quien lo padece -Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957 (RJ 1958\ 192)- 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 (RJ 1943\ 719) y 21 mayo 1963 -»; de otra parte, como recoge la Sentencia de 18 febrero 1994 (RJ 1994\ 1096), según la jurisprudencia para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los requisitos de autoresponsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil; es inexcusable el error (Sentencia 4 enero 1982 [RJ 1982\ 179]), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración. Finalmente, ha de señalarse que, como establece la Sentencia de 30 mayo 1991 (RJ 1991\ 3948), 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 [RJ 1968\ 3733], antecedidas y seguidas por otras en el mismo sentido); ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él. Asimismo en STS de 12/10/04 , con alusión a sentencia de 24 de enero de 2003 (RJ 2003\ 1995) , se expresa que "... de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las sentencias de 14 (RJ 1994\ 1469) y 18 de febrero de 1994 (RJ 1994\ 1096), 6 de noviembre de 1996 (RJ 1996\ 7912) y 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999\ 7003), señalándose en la penúltima de las citadas que «la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia»; con cita de otras varias, la sentencia de 12 de julio de 2002 (RJ 2002\ 7145) recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil (LEG 1889\ 27) y establece que «será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de

establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero [RJ 1994\ 1096] y 3 de marzo de 1994 [RJ 1994\ 1645]»).

NOVENO.- Tratamiento del error en el ámbito de los contratos bancarios de "SWAP": La SAP de Asturias de 27 de enero de 2010, al tratar el error fija los deberes de la entidad bancaria e indica "El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de

pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V. "

DÉCIMO.- Prueba practicada en juicio: En primer lugar se interrogó al Sr (legal representante de Banco Popular) que indicó que el actor y su mujer eran clientes habituales, que recuerda que el 1 de junio de 2007 suscribieron una hipoteca con Euribor más un diferencial, con cláusula suelo que consta en escritura pública, y que en la negociación con el director se ofrecieron otros productos como la permuta de interés financiero, seguros, ... Que cree que el tipo fijo de la permuta era de 4,91% y la cláusula suelo del 3,5%, que el contrato lo redacta el banco pero las condiciones dependen del mercado, que se le ofreció el contrato de permuta más simple de todos, y que es un producto independiente a la hipoteca, aunque se firmó el mismo día para garantía del cliente, que se trataba de una oferta a un colectivo profesional (ópticos). Indica que si el tipo de interés baja, por el SWAP sí que paga pero por el contrario se beneficia de ello en la hipoteca, y que el cliente no puede negociar las cláusulas, y desconoce el informe de Banco Central Europeo que decía que a partir de 2008 los tipos bajarían. Indica que el Swap suele hacerse por periodos de entre dos y cinco años, porque se presume que en ese tiempo la hipoteca no será cambiada a otro banco, que los bancos tenían la obligación de ofrecer productos de garantía (swaps y también "caps" donde sí se abona prima).

Por su lado, declaró que mantenía la hipoteca en Banco Popular y que fue directamente a ellos porque le daban confianza, y la suscribió con su mujer. Que a él le ofrecieron la permuta y la firmó pensando que le cubriría el riesgo si subía el interés, que preguntó qué pasaba si bajaba y el director le dijo que nada, y que la previsión era alcista quizás hasta el 8%; que le ofrecieron el producto en el marco del convenio para ópticos, que él no lo es pero sí su mujer, que no le ofrecieron "Caps" que la primera liquidación fue positiva, y que como a él le extrañó que no pagara menos de la hipoteca preguntó en el banco y no le dieron respuesta alguna, que sabe que es el Euribor, y que puede pactarse un tipo fijo o variable, pero que el mismo día de la hipoteca firmó la permuta y también seguros, todo de golpe, y no pudo leer nada, que cree que el banco no le engañó propiamente, sino que ni ellos mismos sabían lo que vendían. El declarante manifiesta que incluso antes de la liquidación positiva preguntó en el banco por lo que iba a pasar y ya tenía muchas reticencias sobre la permuta, y no le dieron ninguna explicación lo que le pareció igualmente mal; que tiene el EGB y que ha sido apoderado de alguna empresa. Que el producto se lo ofreció el Sr. Serra, pero que no le dio ninguna información, solo que era un producto vinculado con la hipoteca, pero nadie le explicó qué pasaba si bajaban los tipos ni en la cancelación, y que antes de la primera liquidación él mandó un correo con todas sus dudas y nadie le contestó.

DÉCIMOPRIMERO.- En cuanto a los testigos, declaró el director de la sucursal, que recuerda que el actor se subrogó en un préstamo hipotecario que tenía cláusula suelo, que cree que fue él quien le ofreció la permuta, y que no se formaliza ante notario, que pese a que se ofreció dentro de un programa para ópticos, no era necesario que la firmaran los dos, ni siquiera ella que era la óptica. Que no es un producto de alto riesgo, sino que es de mera cobertura. Que no recuerda que le dijera que no había entendido el producto, que le propusieron diferentes permutas y él escogió, y sí recuerda que él fue a quejarse posteriormente. Que es un contrato vinculado a la hipoteca, pero con su propio interés nominal, así que es autónomo, y se pactó por tres años, y el primero de ellos no se hizo liquidación alguna porque en la hipoteca solo se paga intereses, que en 2007 tenían

previsión de subida de tipos.

Al tiempo declaró, trabajador del banco, que indicó que sí se le explicó lo que era la permuta, y que cuando el cliente supo que iba a pagar se quejó en el banco, que reconoce que le llegó un correo del Sr. y que no le contestó (cree que lo perdió), que sabe que primero la liquidación fue positiva en 465 euros, y las dos posteriores fueron negativas (un total de 16.000 euros). Que el cliente no le dijo nada cuando cobró, pero que él sí avisó anticipadamente a los clientes de que las liquidaciones iban a ser negativas, y telefónicamente sí atendió al Sr. pese a no contestarle su correo.

Finalmente, declaró, esposa del actor, que estuvo presente con el actor en las negociaciones de la hipoteca, que la permuta se la ofrecieron por ser ella óptica, que les dijeron que les protegería de las subidas de interés, y su marido preguntó qué ocurriría si bajaba y el director le dijo que se preveía una subida hasta del 8%. Que cuando suscribieron la hipoteca, la permuta y otros productos vinculados desconocían que además tenían una cláusula suelo del 3,5 %. Nadie les informó sobre la cancelación anticipada ni sobre la bajada de tipos. Que su marido mandó un mail quejándose de que la cuota de la hipoteca no les bajaba pese a bajar los tipos. Que nadie les dio una alternativa distinta a la permuta, que el contrato era de adhesión, y que desde el junio de 2010 ya no les aplican la cláusula suelo por entender el propio banco que era incompatible con una permuta de tipos de interés.

DECIMOSEGUNDO.- Prueba documental: debe tenerse en cuenta el doc.1 de la demanda, que es el contrato de permuta financiera suscrito el 30 de mayo de 2007 y con fecha de vencimiento el 6 de junio de 2011, donde se fija un tipo fijo del 4,921%, un periodo de liquidación anual, y un importe nominal oscilante entre los 250.000 euros y los 242.000 euros, entre 2009 y 2010. Destaca igualmente el doc. 2 que es la publicidad para ópticos donde se hace referencia a "cubra su hipoteca ante subidas de tipos de interés"... "y beneficiarse de cualquier bajada que se pueda dar en los tipos". Como doc.3 de la demanda destaca la carta remitida por Banco Popular al actor para que regularizara el importe adeudado por la anterior liquidación, y para informarle del importe de la siguiente. Por su lado, la parte demandada aporta un extracto de movimientos en el préstamo hipotecario del actor, y también documentación del banco de España sobre la permuta de interés financiero (y sus competencias, como de la CNMV)

Tales documentos deben valorarse conforme los arts. 326 Lec, en relación con el art. 319 Lec, teniendo en cuenta que no han sido impugnados por las partes.

DÉCIMOTERCERO.- Conclusión: Ha quedado acreditado que el actor contrató la subrogación hipotecaria y la permuta por confianza en el personal de Banco Popular, que fue el propio director quien le propuso este producto amparado en la publicidad para ópticos y en que era un producto que les cubriría el riesgo si subían los tipos. Resulta claro y evidente, a juicio de esta Instructora, que nadie de la entidad bancaria explicó al Sr. mínimamente el funcionamiento de este producto, ni en abstracto ni tampoco en su caso concreto. Veamos, ¿qué sentido tenía proponer la suscripción de la permuta en 2007, si el banco sabía que no iba a realizar la primera liquidación hasta el periodo 2008-2009? Es decir, por qué no propusieron la suscripción de la permuta en 2008, con previsiones reales a ese momento, y lo hicieron en 2007, cuando la permuta no iba a tener efecto alguno, pero el cliente se veía vinculado con el banco hasta 2011? Nuevamente, ¿cómo es posible que se le ofreciera un producto que por un lado le iba a implicar importantes liquidación negativas si los tipos bajaban - la permuta de interés- y al propio tiempo su hipoteca tenía una cláusula suelo que le impedía beneficiarse de la caída de intereses por debajo del 3,5%, implicando para el cliente una doble penalización sin justificación alguna? De hecho el propio banco en 2010 admitió que cláusula suelo y permuta no eran compatibles. ¿Acaso el Sr. hubiera suscrito tal producto si se

le hubieran explicado todas estas consideraciones anteriores? Lo más razonable y acorde con la diligencia del buen padre de familia es que su respuesta hubiera sido negativa. Esa circunstancia, unida a que el cliente intentó obtener respuesta a sus dudas una vez contratado y antes de que se diera la liquidación negativa, y que nadie se dignó a contestarle y solo le llamaron para avisarle de lo que le tocaría pagar, evidencia claramente que el Sr. [redacted] sufrió un error grave y esencial, en la medida que fue confundido mediante la omisión de información acerca del objeto y la causa del contrato que suscribía, que pese a que él intentó obtener más información a posteriori se la denegaron, que tal omisión de información es únicamente imputable a la entidad financiera, que para colmo empleó información como poco confusa en su publicidad para el colectivo de ópticos (ofrecía un seguro para cubrir los riesgos de la subida de los tipos, al tiempo ofrecía la posibilidad de beneficiarse de las bajadas de los mismos, todo ello mientras aplicaba al actor una cláusula suelo del 3,5 %), siendo tal error inevitable para el Sr. [redacted] a quien le hicieron firmar la permuta conjuntamente con otros productos el mismo día de la firma de la hipoteca, y excusable al carecer de conocimientos financieros, al haberse fiado por completo del personal del Banco, y de que además le ofrecían un producto en el seno de una publicidad para un colectivo concreto, fiándose de la publicidad que de él hacían, y que en ningún caso le apercibieron del riesgo real que asumía al tratarse de un producto de naturaleza especulativa (en relación a la cancelación anticipada y a la bajada de los tipos.)

DECIMOCUARTO.- Por todo ello, se entiende que concurre los elementos esenciales para declarar la nulidad del contrato de permuta suscrito el 30 de mayo de 2007, por vicio del consentimiento, conforme el art. 1266 Cc, por recaer sobre la naturaleza, características y condiciones esenciales del mismo, sin que en este caso se pueda acudir a la teoría de los "actos propios" o de la confirmación de los contratos prevista en el art. 1309 y ss Cc. Esto es así, pese haberse cobrado la liquidación del primer año (2008-2009, en que se cobró unos 465 euros) habida cuenta de que el propio cliente ya había expuesto a la entidad bancaria sus reservas, o quejas manifestativas de la no comprensión de la permuta (se quejó pese a haber cobrado porque pese a ver que los tipos bajaban no le bajaba la cuota de la hipoteca) por tanto, no se considera que el error afectante al Sr. [redacted] se haya confirmado, menos aun habida cuenta de la desproporción entre la liquidación positiva y las dos negativas (que ascienden a unos 17.000 euros), que el cliente se quejó con carácter previo, aun incluso cuando había cobrado por la primera liquidación. Por todo lo expuesto se estima la demanda, y procede declarar la nulidad del contrato de permuta suscrito el 30 de mayo de 2007, la parte demandada debiendo la parte demandada devolver el importe de las liquidaciones negativas efectuadas como consecuencia del contrato de permuta más el interés legal a contar desde la liquidación hasta la fecha de la presente sentencia, fecha a partir de la cual se aplicará el interés previsto en el art. 576 Lec.

No se considera adecuado que el actor devuelva lo cobrado fruto de tal contrato, habida cuenta de que el error es claramente imputable a la entidad, habida cuenta de la gran desproporción entre cantidades, y que al mismo tiempo se le ha estado aplicando una cláusula suelo cuya naturaleza propiamente es contradictorio o doblemente penalizadora para el cliente y pese a todo el banco ofreció la permuta, la liquidó sin corrección alguna pese a que hasta 2010 no eliminó tal cláusula suelo, sin que se efectuara bonificación alguna al cliente.

DECIMOQUINTO.- Costas: de conformidad con el art. 394 Lec, se imponen a Banco Popular las costas del presente procedimiento al haberse estimado íntegramente la demanda.

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por EDUARDO SALANGUERA CENDRA contra BANCO POPULAR y se declara la NULIDAD del contrato de permuta

financiera de tipos de interés suscrito entre ellos el 30 de mayo de 2007, condenando a Banco Popular a restituir 17.240,36 euros más los intereses legales hasta desde la liquidación hasta esta resolución, a partir de la cual se impondrán los intereses del art. 576 Lec.

Se impone el pago de las costas procesales a BANCO POPULAR

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella, cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, previo depósito de la tasa legal prevista, presentando escrito de preparación ante este juzgado en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a su notificación

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá certificación para su unión a los autos a que se refiere, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, en audiencia pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.