

Euskal Autonomi Erkarteko Justizi
Administrazioaren Ofizio Nagusia

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE
DONOSTIA**
**DONOSTIAKO LEHEN AUZIALDIKO 8 ZK.KO
EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST.JAUREGIA 1ª PLANTA - C.P./PK 20012
TEL.: 943-000738
FAX: 943-000706

NIG / IZO: 20.05.2-10/005067

Pro.ordinario L2 / Proz.arrunta 2L 411/2010

SENTENCIA Nº 195/2011

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARIA JOSE MITXELENA ELIZETXEA
Lugar: DONOSTIA - SAN SEBASTIAN
Fecha: veinte de junio de dos mil once

PARTE DEMANDANTE:

Abogado: JOSE IGNACIO NAVAS MARQUES
Procurador: MARIA PILAR OYAGA URREA

PARTE DEMANDADA BANCO DE VASCONIA
Abogado: JAVIER GONZALEZ ARISQUETA
Procurador: JESUS ARBE MATEO

OBJETO DEL JUICIO: RECLAMACION DE CANTIDAD

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dª Pilar Oyaga Urrea, Procuradora de los Tribunales y de D. [Nombre] en fecha 26 de abril de 2010 interpuso demanda de juicio ordinario frente al Banco De Vasconia, mediante la cual solicita se dicte sentencia que declare la nulidad del contrato de permuta financiera de Tipos de interés ("IRS") bonificado doble barrera suscrito en fecha de 24 de abril de 2008 con la entidad demandada por no haber emitido los actores un consentimiento válido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho y, en virtud de dicho pronunciamiento, se declare la nulidad del referido contrato de fecha 24 de abril de 2008, condenando a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas a la actora por la demandada como consecuencia del funcionamiento de los contratos cuya nulidad se postula, con indemnidad del derecho de la demandada a que se le abonen las cantidades pagadas a la actora durante la vigencia de los contratos cuya nulidad se postula.

Mediante OTROSI en la demanda, la demandante solicitaba la adopción de medidas cautelares.

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

Euskal Autonomi Erkerteko Justizia
Administrazioaren Ofizio Nagaria

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

SEGUNDO.- Por Auto de fecha veintiocho de abril de dos mil diez, se admite a trámite la demanda presentada por la Procuradora Sra.Oyaga Urrea y se concede a la contraparte el plazo de veinte días para contestar a la demanda.

TERCERO.-Mediante Auto de fecha tres de junio de dos mil diez, se suspende el curso de los autos por plazo no superior a sesenta días, a fin de llegar a un acuerdo.

CUARTO.- Con fecha uno de septiembre de dos mil diez, se reanuda el curso de los presentes autos y se da traslado a la parte demandada para que conteste a la demanda en el plazo restante de siete días hábiles.

QUINTO.- D. Jesús Arbe Mateo, Procurador de los Tribunales, en nombre de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA. (sociedad absorbente de Banco de Vasconia S.A) contesta a la demanda, oponiéndome a la pretensión deducida de contrario.

SEXTO.- Mediante Providencia de fecha dieciséis de septiembre de dos mil diez se señala para la celebración de la Audiencia el próximo día 19 de octubre de 2010, a las 13:30 horas.

SEPTIMO.-En fecha 15 de octubre de 2010, se dicta Auto en este Juzgado, cuya parte dispositiva dice así:

ACUERDO:

Que debo DENEGAR Y DENIEGO la solicitud de la medida cautelar propuesta por la Procuradora Dña. Pilar Oyaga Urea en nombre y representación de D. [Nombre Redactado]

Ignacio Navas Marqués, contra el Procurador D. Jesús Arbe Mateo actuando en nombre y representación de la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL (absolvente del Banco de Vasconia), bajo la dirección letrada de D. [Nombre Redactado] y la Pericial de Dª M. [Nombre Redactado].
Se imponen a la parte demandante las costas derivadas de este procedimiento".

OCTAVO.- Con fecha 19 de octubre de 2010, a las 13:30 horas se celebra la audiencia previa, en la cual las partes manifiestan subsistir el litigio, en la cual las partes proponen la prueba a practicar en la vista oral y se señala fecha para la celebración de la vista oral, el 14 de diciembre de 2010.

NOVENO.- Por providencia de fecha veintisiete de octubre de dos mil diez, se señala nuevamente para la celebración de la vista el próximo día 11 de enero de 2011, a las 10:00 horas.

DECIMO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha diecisiete de noviembre de dos mil diez, se suspende la vista del día 11 de enero de 2011, y se señala nuevamente para la celebración de la vista el próximo día 27 de enero de 2011, a las 10:00 horas.

UNDECIMO.-En fecha 27 de enero de 2011, tuvo lugar la vista oral. Con carácter previo, la demandante renunció al interrogatorio de la parte demandada, y con posterioridad, se practicaron las testificales de los Sre [Nombre Redactado] y la Pericial de Dª M. [Nombre Redactado].

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

y D^a . Finalmente las partes realizaron sus conclusiones quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Jesús Santos González y D^a M^a Jiménez, interponen contra el BANCO DE VASCONIA demanda de juicio ordinario mediante la cual solicitan se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) bonificado doble barrera suscrito en fecha de 24 de abril de 2008 con la entidad demandada por no haber emitido los actores un consentimiento válido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho, y es por lo cual solicita se declare la nulidad del contrato de fecha 24 de abril de 2008, condenando a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas a la actora por la demandada como consecuencia del funcionamiento del contrato cuya nulidad se postula, con indemnidad del derecho de la demandada a que se le abonen las cantidades pagadas a la actora durante la vigencia de los contratos cuya nulidad se postula, más los intereses legales.

Señalan que los demandantes forman un matrimonio de más 25 años casados, que tienen cuatro hijos y que vienen trabajando como psiquiatras. Manifiestan que la relación de los demandantes con la demandada se remonta a los tiempos en los cuales el padre del Sr. fue empleado del Banco Popular Español S.A. La odisea comienza en el año 2006, cuando el matrimonio decide cambiar de domicilio ante la eminente llegada a la familia de dos niños rusos que habían decidido adoptar, que junto a los dos niños que ya existían en la familia, constituirán una familia numerosa. Para la compra de la nueva vivienda, a principios de octubre de 2006, los demandantes entregan a Lantegui un anticipo de 180.000 euros destinados a la compra de la nueva vivienda cuyo precio final ascendía a 2.000.000 euros y ponen a la venta su antigua casa en Puio, concretando con el constructor un plazo de seis meses para venderla y así poder formalizar las escrituras. Sin embargo, llegado el mes de abril de 2007, no consiguieron vender su antigua casa, con lo cual no les queda más remedio que pedir un crédito al Banco de Vasconia. Este primer préstamo hipotecario se les concede en fecha de 30 de marzo de 2007, por un capital de 1.850.000 euros, a un tipo inicial de 4,1%, con revisión cada 12 meses, aplicando el euribor a 12 meses más un diferencial del 0,7 (con un mínimo del 2,5%), con una duración de 22 años y una carencia de 25 cuotas desde el inicio hasta el 4 de abril de 2009. Este préstamo hipotecario se constituye con doble garantía hipotecaria, dando en garantía tanto la antigua vivienda como la nueva. En abril de 2008, el Director de la Sucursal, el Sr. D. ofrece a los demandantes un seguro sobre tipos de interés. Ante la insistencia del Director, y habiendo tenido la experiencia anterior de un CAP sobre el crédito de su antigua vivienda Puio, que la anterior Directora les había ofrecido y que habían contratado, piden explicaciones al Sr. para que les diga si este producto era similar a aquel que habían adquirido anteriormente. El Sr. les aseguró que el contrato de permuta o swap era mucho mejor porque no tendrían que pagar nada, apremiándoles a firmar puesto que el euribor estaba subiendo mes a mes. Es más, ante las dudas de los demandantes, el Sr. le dice al Sr. "te lo recomiendo como si fueras mi hermano". Añaden que en ningún momento se les comunicó sobre los perjuicios económicos que dichas bajadas de tipos le podrían llegar a ocasionar. En definitiva, en ningún momento reciben información clara y veraz que le permita

conocer las verdaderas características del producto. Se les habla sólo de ventajas y beneficios pero nunca se les informa acerca de los serios riesgos que conlleva para ellos la suscripción del mismo. En ningún momento se les advirtió del enorme riesgo del producto, quedando claro que era un seguro de tipos y no un producto de inversión, pues el matrimonio no tenía ninguna intención ni necesidad de especular.

Remarca que cuando el Banco de Vasconia le ofrece el producto a los demandantes cuando los tipos de interés estaban subiendo, mes a mes, de forma preocupante, sobre todo, para clientes que eran titulares de un préstamo de elevado capital y cuya subida de tipos, le traería aparejado un incremento en el importe de las cuotas a pagar. Es decir, que la demandada sabía perfectamente cuando estaba ofertando el producto y aprovechó la situación que el mercado financiero estaba atravesando para comercializar el producto. Conocía por otros indicadores la drástica caída y debacle que se iba a producir en los tipos de interés.

No ha de olvidarse que los demandantes no fueron quienes solicitaron dicho producto, sino por el contrario fue la propia sucursal con la cual mantenían una gran confianza, a través de su director, el Sr. [redacted] quien le ofertó el nuevo y "beneficioso" producto, como operación de estabilidad financiera y de seguridad. Sin embargo, la realidad ha sido bien distinta porque la contratación de este producto ha provocado en la familia de los actores una situación de crisis y ruina económica que no se verían obligados a soportar si no hubiesen suscrito el referido contrato.

Se trataba de un contrato de permuta financiera de tipos de interés bonificado doble barrera, suscrito en fecha 24 de abril de 2008, interviniendo en nombre del Banco, el Sr. [redacted] y D. F. [redacted]. Para la firma de esa operación, la entidad facilita a los demandantes un folleto de 18 páginas que recogen las condiciones generales para la prestación de servicios de inversión y del cual se puede comprobar, que dicho contenido es ininteligible para personas que, como los demandantes, ni son expertos financieros ni tienen conocimientos económicos que les permitan comprender el clausulado de las mismas. Es más, dos días antes de la firma, concretamente el día 22 de abril de 2008, el Banco le realiza un test de conveniencia, de cuyos datos se puede concluir que el nivel de conocimientos y experiencia que se le asigna es de 2, firmado por el Sr. [redacted] un escrito, o mejor dicho, una declaración por la que, expresamente reconoce que, pese a que no reúne los conocimientos y experiencia necesarios para contratar el producto, libre y voluntariamente decide contratarlo y ello pese a haber sido informado de los riesgos. Puede decirse, que el Sr. [redacted] en modo alguno ha suscrito tales productos de forma voluntaria, pues nadie en su cabal juicio, hubiese suscrito dicho contrato teniendo en cuenta la inadecuación del producto con su perfil y ante la existencia de riesgos, ..el cliente se fía del Banco, tiene tal confianza en él que firma aquello que se le dice.

Debido a la complejidad del contrato, el cliente no llega a percibir que el producto es desequilibrado. Es por ello, que la entidad demandada "para curarse en salud" hace suscribir al demandante unos documentos en los que expresamente se recogen toda una serie de declaraciones que le vienen impuestas, sin que tengan nada que ver con la realidad de los hechos. Todo el asesoramiento respecto a los términos, características y condiciones del contrato lo han recibido por parte de la entidad y, en concreto, por parte del director de la oficina, Sr. [redacted].

quien les ofreció el producto. Pero en ese asesoramiento, al Sr. se le olvidó señalar los posibles riesgos a los que los demandantes tendrían que hacer frente en caso de una bajada de los tipos de interés. Ni por asomo con las indicaciones dadas por el Sr. Director los actores tenían una visión ni tan siquiera aproximada de las consecuencias de la firma de dicho contrato. Pues de ser así, jamás hubiesen suscrito un contrato de tales características. El Banco de Vasconia debería haber explicado el producto y sus características, pero no lo hizo, y es más, tampoco cumplió con su deber de contratar el producto al cliente idóneo.

No puede haber consentimiento válido si el que lo emite sufre error o engaño, una de dos, o el Sr. engañó o bien indujo a error a la actora ofreciendo con total falta de transparencia un producto como, completamente seguro, a un cliente conservador, cuando el producto contratado es de alto riesgo.

En relación al contenido del contrato, puede señalarse que el mismo se suscribió por un importe nominal de 1.850.000 euros, por un plazo de 4 años, con una periodicidad trimestral en cuanto a liquidaciones. Fecha de inicio el 2 de junio de 2008 y una fecha de vencimiento de 2 de junio de 2012. Se puede comprobar, que el importe nominal del contrato de permuta coincide con el importe del capital suscrito. Si se analizan las condiciones particulares, es obvio que sólo un experto financiero profesional y tras un detenido análisis y estudio podría llegar a entender los efectos económicos de la suscripción del contrato. Pues bien, la información dada al cliente sobre la negociación de derivados, en absoluta, era lo suficientemente clara y veraz como para ser conocedor de los verdaderos riesgos que la suscripción del contrato le podría traer aparejados. Ciertamente, leyeron y firmaron la operación, pero no la dirigieron porque no tenían capacidad para asimilar un producto tal complejo como el firmado. Tenían depositada su confianza en el Banco y el Banco defraudó su confianza ya en la fase precontractual mediante oscurantismos y falta de transparencia arrancándoles un consentimiento emitido merced una actuación engañosa del Banco que indujo a los demandantes a prestar un consentimiento mediante error.

El tiempo transcurre y, mientras, los demandantes siguen buscando comprador para su antiguo piso, y que finalmente se escritura en fecha 23 de marzo de 2009. Con el precio obtenido por venta los demandantes tienen que cancelar la hipoteca, otorgando la entidad demandada carta de pago y cancelación de hipoteca a favor de los cónyuges demandantes.

En fecha 28 de abril de 2009, una vez transcurridos dos años desde la firma del primer préstamo hipotecario, suscriben un nuevo préstamo hipotecario sustitutivo del inicial, con un capital de 1.350.000 euros, con un tipo inicial del 5,75% hasta el 4 de octubre de 2009 y a partir de esa fecha, revisión cada 12 meses, aplicando el euribor a 12 meses más un diferencial del 0,55%, menos una bonificación de 0,25% si el cliente cumple una serie de requisitos, como domiciliar la nómina, etc., con una duración de 25 años y una carencia de 13 cuotas desde el inicio hasta el 4 de mayo de 2010. Un mes después de firma la novación de préstamo, concretamente el 27 de mayo de 2009, la entidad les hace firmar una nueva Póliza de Contrato de Cuenta de Crédito nº 050-00228-07, con un límite de crédito de 120.000 euros con la que hacer frente a las liquidaciones negativas del contrato de permuta, porque como se acreditará posteriormente a los demandantes los han metido en una situación de nula capacidad de pago de las cuotas de cobertura de riesgo, dados los ingresos de los actores. En definitiva, que gracias al producto que la demandada les ofreció como una ayuda a hacer frente a la subida de los tipos de interés, los demandantes han tenido que hipotecar su actual vivienda y su vida, para hacer frente

al pago de las liquidaciones negativas trimestrales que la aplicación del contrato de permuta financiera les está generando. Esto es, la entidad demandada ha cometido un verdadero abuso de derecho y atropello con una familia que, como consecuencia del mal y negligente actuar de la entidad demandada en el desempeño de sus funciones, les está llevando a la ruina. Basta con comprobar los ingresos que los demandantes han tenido en el año 200 y el importe de los gastos a los que vienen haciendo frente con carácter mensual, para comprobar que de seguir teniendo que hacer frente al pago de los importes de las liquidaciones de permuta, no tendrían para mantener su extensa familia y con unos problemas de salud de los dos menores adoptados. Ante esta situación en fecha 9 de octubre de 2009, el Sr. [redacted] rellena un formulario de reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la entidad, reclamación que le es contestada por la entidad en fecha de 20 de octubre y en la que le comunican que la información facilitada por la entidad fue la suficiente como para poder valorar el interés del producto ofrecido y que el Sr. [redacted] lo había contratado libremente. Así las cosas, los demandantes piden explicaciones a la entidad demandada. Sin embargo, muy lejos de dar explicaciones de lo máximo que la entidad les informa de forma verbal es que, para cancelar el producto, tienen que liquidar por la cancelación un importe de casi 180.000 euros. Y esta es la primera noticia que los demandantes tienen del coste que, cancelar el producto, les podría suponer. Nunca antes se les había proporcionado información alguna respecto a dicho extremo. Como es de suponer, la reacción de los actores fue de total y absoluto asombro y perplejidad, no dando crédito a lo que les estaba sucediendo.

El tiempo transcurre y por parte del Banco de Vasconia a los actores no sólo no se le facilitan explicaciones de por qué pagan más por las cuotas de su préstamo hipotecario pese a supuestamente haber contratado un producto que le aseguraba a esas subidas de tipo sino que no se le ofrecen soluciones alternativas que no pasen por el pago de una elevada cantidad de dinero en concepto de cancelación. Esto es, con la formación del contrato de permuta financiera de tipos de interés que a los demandantes se les ofertó y vendió como un seguro de cobertura de riesgos a modo de estabilidad financiera frente a la subida de tipos de interés, pero en la práctica por esta estabilidad financiera prometida han tenido que pagar más de 49.000 euros, cantidad muy superior de la correspondiente a las liquidaciones que, hasta el momento, han venido a favor de los actores. Esto ocurre porque la situación abusiva y engañosa del producto sólo es advertida por el cliente cuando el pretendido seguro actúa en su contra, es entonces cuando el cliente percibe la situación abusiva y de desequilibrio creada e impuesta por la demandada, que limita su riesgo, sólo cubre la subida de tipos al cliente a partir de una determinada barrera y en cambio al cliente le deja en caída libre hasta el cero por ciento, cuando el producto opera en contra del cliente, rompiéndose así el deber de transparencia y equilibrio que deben observar las entidades financieras, como contraprestación a todos sus privilegios legales.

La complejidad del contrato en sí y la falta de información por parte de la entidad bancaria que no le informó debidamente de todos los riesgos o perjuicios económicos que el contrato le podría ocasionar, fue el motivo que originó que los actores desconocieran con exactitud las condiciones y consecuencias del contrato que había suscrito. Y a esta misma conclusión llega el perito economista D^o [redacted]

A modo de conclusión, puede señalarse que no puede producir ningún efecto el contrato firmado entre las partes, cuando la entidad demandada actúa con claro abuso de derecho, persiguiendo a la actora para que suscriba un contrato para lograr la estabilidad financiera del

cliente, a través de un producto de alto riesgo, cubriéndose y asegurándose un techo solo a partir del cual el producto va a actuar, no poniendo suelo ante la bajada de los tipos de interés dejando a la parte débil en calda libre. La entidad demandada actúa con una actitud engañosa, al ocultarle al cliente, inexperto en el mercado financiero, con maniobras, y cláusulas oscuras en el contrato que ha hecho suscribir al cliente, colocándole un producto que opera en el mercado secundario de alto riesgo con el que difícilmente se va a lograr la estabilidad financiera anunciada, sino más bien todo lo contrario provocar que la familia formada por los demandantes y sus hijos entren en una situación grave de crisis y necesidad que no tendrían porque soportar. Es evidente que la entidad demandada ha obrado en aparente ejercicio de un derecho, traspasando en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad o la buena fe, con daños para los actores, incurriendo por tanto en responsabilidad tanto por lo enrevesado y confuso contenido del clausulado del contrato como por la actuación engañosa con la que actúa la entidad al ofrecer un producto como un instrumento de estabilidad financiera cuando las consecuencias reales de su suscripción están resultando nefastas para la situación económica de la familia. En definitiva, puede señalarse que la entidad ha actuado con oscurantismo, negando el derecho de protección para el acceso a productos de alto riesgo, incumpliendo con ello los principios de buena fe contractual que debe regir en todo contrato, y suscribiendo un contrato que: 1.- se establece como un producto de estabilidad financiera, imposible de obtener, cuando actúa a través del mercado de derivados de banca, y a través del mercado secundario; 2.- Se ofrece a un cliente sin capacidad financiera para entender el producto; 3.- se establece unilateralmente por la entidad demandada los elementos para determinar el coste de cancelación anticipada; 4.- se infringe el principio de equidad, de justicia y equilibrio y de transparencia bancaria que deben observar las entidades financieras en contraprestación a su posición de privilegios legales, al asegurarse una barrera a partir de la cual el Banco se blindo cuando el producto actúa en su contra, pero a través de oscurantismos no establece barrera alguna cuando el producto trabaja en contra del cliente; 5.- tiene la finalidad de cubrir riesgos financieros pero actúa con independencia de que la deuda financiera sea liquidada, no importando su cuantía, siguiendo vigente el importe nominal y el plazo. No habiendo sido conscientes los demandantes. Es por todo ello, que el contrato suscrito es nulo de pleno derecho, pues los demandantes lo suscriben por error, al ser inducidos y presionados mediante actuaciones engañosas. Dicha actuación tiene aún mayor reproche y gravedad, cuando se produce arrancando el consentimiento de los actores mediante oscurantismo, subterfugios y actuaciones engañosas, a través de las cuales consigue una aceptación y emisión formal del consentimiento de los demandantes, emitiendo un consentimiento nulo de pleno derecho al estar viciado por error producido por la actuación oscura de la demandada, quien oculta a los actores lo que realmente está contratando, siempre a su favor.

SEGUNDO.- La parte demandada, BANCO DE VASCONIA, se opone a la presente demanda en base a las siguientes manifestaciones. Reconocen que el Sr. [redacted] es hijo de un empleado del Banco, motivo por el cual señala que este matrimonio goza de beneficios sociales previstos por el Banco para este colectivo, con condiciones privilegiadas tanto en sus depósitos de pasivo como en sus financiaciones, con el considerable ahorro de comisiones y obtención de tipos de intereses preferenciales que ello conlleva.

La demandada no reconoce como el Sr. [redacted] ofreció a los demandantes "un seguro sobre tipos de interés", y tampoco reconocen que el CAP que habían suscrito con anterioridad el Sr. [redacted] lo identificase con el contrato de permuta financiera de tipos de interés. Al contrario de lo manifestado por los demandantes, señala que los mismos

fueron informados amplia y pormenorizadamente respecto a las características y riesgos del contrato formalizado y no solo en el momento de la firma, sino también con carácter previo. Destaca que tanto el contrato de permuta como la póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos fueron formalizados en el propio despacho de los clientes, en presencia del Notario de San Sebastián, D. [redacted] con la máxima transparencia. Aunque únicamente se intervino la póliza de garantía y no el contrato SWAP, aquella tiene origen y razón en ésta, y por tanto resulta obvio que el notario no hubiera permitido la firma de la póliza, sin tener la seguridad de que los clientes eran plenamente conscientes de lo que estaban firmando. Es más, en el momento de la suscripción del contrato los tipos de interés se encontraban en un momento alcista, lo que no hace sino otorgar mayor coherencia y sentido a la formalización del contrato en el momento en el que se suscribió. El Banco no ha provocado la situación de crisis y ruina económica que pretenden imputarles los demandantes. El Banco no les ha obligado ni les ha aconsejado la adquisición de una vivienda por un precio de dos millones de euros, ni la venta de su anterior residencia por un precio que puedan considerar más o menos satisfactorio. Lo único que ha hecho el Banco es concederles las financiaciones que libremente le han venido solicitando, en unas condiciones especialmente ventajosas en atención a su condición de familiares de empleado. Por su parte, añade que cuestión muy distinta es que ahora no quieran asumir las obligaciones dimanantes de los contratos suscritos.

Reconocen que el contrato suscrito consiste en un contrato de permuta financiera de tipos de interés, bonificado doble barrera así como el hecho de que éstos recepcionaran las condiciones generales para la prestación de servicios de inversión, correspondientes a las Entidades pertenecientes al Grupo Banco Popular que prestan servicios de Inversión. Al contrario, de lo que se manifiesta en la demanda, la redacción de las Condiciones Generales que recibieron los clientes, es sencilla y clara, dividida en distintos epígrafes en los que se aborda con precisión, el objeto de las mismas, los derechos de información del cliente antes y después de la prestación del servicio de inversión y la responsabilidad de las Entidades del Grupo Banco Popular. Es cierto y así se reconoce, que D. [redacted] fue quien actuó como interlocutor en todos los contactos con los demandantes y quien les realizó el test de conveniencia y quien les asignó un nivel de conocimientos y experiencia "2". "Cliente con experiencia con productos financieros no complejos". Tras la realización de dicho test de conveniencia, los clientes fueron informados de que el Banco consideraba que el producto podría no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencias declarados, y además fueron informados de los riesgos asociados al mismo, asumiendo de forma libre e independiente contratar el producto. Considera la parte demandada, que por mucho que los demandantes se empeñen en alegar que les engañaron, que ellos no tenían experiencia en productos financieros, lo cierto es que tienen capacidad suficiente para evaluar los términos y condiciones del contrato, máxime cuando se les advirtió de forma expresa y reiterada, tanto verbalmente como por escrito de los riesgos inherentes al contrato, además, tienen experiencia previa con diferentes productos de inversión, a lo cual ha de añadirse que ambos demandantes gozan de estudios superiores lo que denota una notable capacidad intelectual y en contra de lo que expresamente se indica, gozaban de asesoramiento externo ajeno al Banco.

El banco y los clientes convinieron la contratación de la permuta de tipos de interés en el común entendido que dicho producto podría resultar interesante por su función de cobertura respecto a las fluctuaciones de los tipos de interés que por aquél entonces eran de tendencia claramente alcista, máxime teniendo en cuenta la significativa cuantía del préstamo hipotecario de titularidad de los demandantes. De hecho, la vinculación entre ambas operaciones resulta

palmaria, dado que el importe nominal del contrato de permuta financiera coincide exactamente con el saldo deudor que presentaba el préstamo hipotecario el 24 de abril de 2008. Ni el banco ocultó los riesgos, ni indujo de forma engañosa a la suscripción del contrato. Simplemente ambas partes entendieron que aun cuando los riesgos existían, la escalada de los tipos de interés y consecuentemente el importante incremento de las cuotas del préstamo, podía aconsejar la contratación de este producto. Señala el demandado, que los demandantes han pretendido reflejar un perfil conservador de ellos, que no es la real. Ellos eran conscientes de dichos riesgos, pero atendiendo a la coyuntura de mercado y tal y como habían hecho en anteriores ocasiones con otros productos de bolsa y renta variable, decidieron libremente asumirlos porque con dicha elección también podían obtener grandes contraprestaciones. Por tanto, ni perfil conservador, ni incapacidad intelectual, ni error, ni engaño, lo único que existe es una falta de responsabilidad de los actores quienes, en contra de sus propios actos, pretenden eludir sus responsabilidades y acusar injustamente a la demandada de una mala praxis bancaria.

En relación al contrato cabe manifestar que tanto la denominación como el expositivo y el clausulado del documento suscrito, permiten caracterizarlo como operación autónoma y bien determinada, perfectamente distinguible de un contrato de seguro. El contrato propiamente dicho se nombre en el encabezamiento como "CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERES IRS BONIFICADO DOBLE BARARRERA". En el mismo no existe mención alguna a que se esté contratando un seguro, ni la redacción del contrato induce a pensar que pueda tratarse de un seguro o que el Banco esté suplantando la función de una compañía aseguradora, lo que, por cierto, supondría una contravención de la legislación en materia de seguros. De hecho, la normativa hipotecaria hace expresa referencia a la obligación que tienen las entidades financieras a facilitar información a los clientes sobre los distintos productos de cobertura en materia de tipos de interés de los que dispongan. Si bien hacen hincapié en que la referencia es a productos financieros de cobertura, no a seguros propiamente dichos. Precisamente por ello, ni en el texto del contrato ni en la comercialización del producto se utiliza la palabra "seguro", en aras a evitar cualquier tipo de confusión. Ahora bien, si lo que pretendían los demandantes, era un producto que limitara el riesgo de las subidas de los tipos de interés, hay que decir que la permuta financiera de tipos de interés es un instrumento adecuado para ello. Por eso justamente contrataron este producto.

Señala que la permuta financiera de tipos de interés, consiste básicamente en que los contratantes se intercambian durante su vigencia cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable al mismo importe. Las condiciones básicas de la operación vienen especificadas en un formato suficientemente claro, pues posee solamente tres hojas. Resaltan que los puntos relevantes del contrato, aparecen en un lugar especialmente visible: en el recuadro denominado "condiciones particulares" y en la tabla adjunta "tabla de datos", que se negocian caso por caso. Además, de aparecer los tipos fijo y variable, barreras y bonificación, se señala la periodicidad de las liquidaciones, y al final de dichas condiciones se ofrece una información al cliente sobre la negociación de derivados que es preceptiva en este tipo de productos y que, en absoluto concuerda con la afirmación efectuada por la parte demandante de que "en ningún momento se le explicó la operativa de este tipo de contrato, ni la aplicación en la práctica de lo que ello suponía". Como se puede observar, se informa a los clientes de que la contratación de derivados conlleva una serie de riesgos de tipo financiero inherentes a la misma. En este tipo de operaciones además, se especifica que el riesgo consiste en que, 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 superior a la que le corresponda cobrar por las liquidaciones correspondientes sobre el importe nominal. Obviamente, el importe exacto de cada liquidación es impredecible ya que va a depender en cada momento del nivel al que se encuentre el tipo variable en las distintas fechas de liquidación; pero es que, en los casos en los que resulten liquidaciones negativas en contra del cliente como consecuencia de la bajada del tipo de interés de referencia, esa disminución de la base de referencia se estará produciendo también en el préstamo hipotecario, por lo que el resultado final tenderá a ser neutro para el cliente. Añade que en etapas de subidas de los tipos de interés variables, dado que los clientes reciben liquidaciones a su favor, los demandantes tienen clara conciencia de estar compensando con ellas el incremento del tipo de interés en el préstamo hipotecario. Sin embargo, cuando las liquidaciones del contrato de permuta de tipos de interés son en contra del cliente, parece que se olvida que lo que se pretendía era tranquilidad y previsibilidad durante un tiempo en el que su préstamo hipotecario queda a resguardo de oscilaciones al alza de los tipos. Al producirse liquidaciones en su contra, debe tenerse en cuenta que, se produce una reducción del tipo variable aplicable a su financiación. Tal como se ha explicado, las operaciones de permuta financiera o swaps constituyen contratos en los que la entidad financiera y su cliente acuerdan intercambiar flujos monetarios calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables, durante un cierto periodo de tiempo. Pero su existencia y efectos no dependen ni vienen condicionados por una operación de riesgo en concreto, porque no son contratos de seguro para cubrir la concreta eventualidad relacionada con una determinada operación, son acuerdos independientes y autónomos de otras operaciones de riesgo, y sometidos a sus propios pactos y condiciones. Esto es sin perjuicio de poder constituir instrumentos para compensar de forma eficaz las eventuales subidas en los tipos de interés variable en otras operaciones del suscriptor.

En definitiva, se puede señalar: 1.- el producto contratado no es un seguro ni pudo ser tomado como tal sin culpa del propio cliente; 2.- el contrato permite la cabal comprensión por el cliente de sus condiciones, así como de las características y posible evolución del producto, tanto positiva como negativa y; 3.- hay que entender que los clientes pudieron y debieron quedar suficientemente informados acerca de esos puntos perfectamente accesibles y de fácil comprensión, máxime cuando medió la oportuna labor en ese sentido por parte del personal de la sucursal. No en vano, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, en resolución R-200905477, de 2 de diciembre de 2009, y otras, se ha pronunciado de forma favorable con respecto a la redacción y contenido de esta modalidad de contratos, considerando que desde el punto de vista de la redacción y contenido del contrato no se aprecia quebrantamiento de la normativa ni de las buenas prácticas bancarias.

En cuanto a la póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos de límite 129.500 euros, efectivamente fue una condición para la suscripción de este contrato. Manifiesta que resulta una práctica bancaria habitual que, cuando se suscribe un contrato de riesgo en el que pueden producirse liquidaciones cuantiosas a cargo del cliente, se suscriben este tipo de coberturas. Su cometido, función y vinculación directa con el contrato de permuta financiera, del que trae causa, fue perfectamente explicado por el Notario ante quien se otorgó, lo que no hace sino redundar en la plena información que tenían los actores de los riesgos inherentes al contrato.

Remarcan que la escritura de cancelación de hipoteca que los demandantes aportan, no se corresponde al préstamo hipotecario de 1,850.000 euros, formalizado el 30 de marzo de 2007,

mediante escritura otorgada ante el Notario de San Sebastián, que se encuentra claramente vinculado al contrato de permuta financiera, sino de otro anterior, de importe inicial de 300.506,05 € formalizado el 15 de julio de 2000 mediante escritura otorgada ante el Notario de San Sebastián. Asimismo, en relación a la escritura presentada como documento nº10, señala que no es un nuevo préstamo hipotecario sustitutivo del inicial. Basta examinar con un mínimo detenimiento la escritura para comprobar que se trata de una novación de condiciones del préstamo hipotecario de 1.850.000 €, formalizado el 30 de marzo de 2007, mediante escritura otorgada ante el Notario de San Sebastián, L. ... , por la que se amplió en cinco años el vencimiento del préstamo y se incluyó un año de carencia, y se modificaron las condiciones de liquidación a fin de acomodarias a las condiciones privilegiadas para familiares de empleados en vigor en aquél momento, con lo que en la práctica los actores obtenían un diferencial de 03,0 sobre el euribor, sin duda un precio inigualable en el mercado bancario para una financiación de esa cuantía. Se acordó igualmente un tipo mínimo del 2,5% por constituir una condición estándar de las condiciones de préstamos hipotecarios para familiares de empleados, pero que no ha sido efectivamente aplicado en consideración a la contratación y evolución del contrato de permuta de tipos de interés.

TERCERO.- En el presente caso, cabe señalar que nos encontramos ante un producto financiero de gran complejidad, tal como ha sido señalado y reconocido por la jurisprudencia tal como se analizará con posterioridad. Entender dicho producto resulta de una complejidad tal, que incluso resulta difícil y complicado para los entendidos, tal como se dirá, y en consecuencia difícilísimo para los demandantes. Si unimos a ello, la falta de información en tal producto, es claro que el consentimiento otorgado en la contratación de dicho producto, se realiza por error, deviniendo por lo tanto dicho contrato nulo.

Siguiendo a ZAMORANO ROLDAN puede definirse el SWAP es aquél como aquel contrato unilateral por el que cada una de las partes asume la obligación de entregar a la otra, conforme a los términos del contrato celebrado, unas sumas de dinero determinadas o determinables, de acuerdo con parámetros objetivos, que a su vez se calculan sobre una cantidad invariable que se denomina nocional y que no es objeto de entrega en el momento inicial, sino que funciona simplemente como referencia para el cálculo de los intercambios entre las partes. De igual forma, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 30-11-2009, define el contrato como aquél "en 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 periodo de tiempo".

Estos contratos pueden revestir diversas modalidades en función del objeto de la permuta, pudiendo distinguirse entre swap de tipos de interés, en los que se intercambia el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable, los swaps de divisas, en los que el objeto intercambiable es el de una divisa por otra, los swaps mixtos, en los que se intercambian pagos de intereses calculados a un tipo fijo en una divisa, por pagos de intereses calculados a tipo variable en otra divisa.

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.

El swap aparece regulado en la Ley del Mercado de Valores 24/88 (arts. 2 y 78 y ss.), reformada por la Ley 47/2007 y en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, regulador del régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (art. 58 y ss.)

Las operaciones se enmarcan en el art. 19 de la Ley 36/2003 de Medidas de Reforma Económica, normativa que instaba a las Entidades Financieras a que pusieran a disposición de sus clientes instrumentos que les permitieran cubrirse del riesgo de las subidas del tipo de interés.

El contrato de swap sobre tipos de interés no es un producto financiero de fácil comprensión, complejidad a la que se une el hecho de que se suele tratar de contratos de adhesión. El propio legislador ha calificado estos contratos como contratos complejos, en el art. 79 bis 8 a) de la LLV. A esta complejidad no es ajena la circunstancia de que estamos ante un contrato entre cliente y la entidad, en el que se no se ha producido realmente entrega de cantidad alguna entre las partes, siendo el capital de referencia meramente nocional, una cifra que sirve para realizar las liquidaciones convenidas, lo que contribuye aún más a generar confusión en esta figura contractual.

Por eso, esta característica de contrato complejo, requiere una especial labor de información por parte de la entidad bancaria, para asegurarse de que el cliente comprende su contenido y verdadero alcance. Esa información debe resaltar el riesgo patrimonial del producto. En concreto, debe ser destacado en la permuta de tipos de interés, el efecto gravemente perjudicial para el cliente que deriva de la bajada de tipos de interés. En la realidad estos contratos funcionan con la finalidad perseguida mientras se produce la subida de tipos de interés pero, tras cambiar la tendencia y comenzar a bajar los tipos de interés, el producto crea un riesgo mayor del que se pretende evitar. En esos casos, el producto incrementa el riesgo del cliente desproporcionadamente a la protección que le ofrece en caso de subida, convirtiéndose en un producto claramente especulativo y muy perjudicial para el cliente.

La Audiencia Provincial de Asturias ya señaló en su sentencia de 12 de noviembre de 2.010, siguiendo el criterio mantenido por las sentencias de 27 de enero y 23 de octubre de 2.010, de la Sección Quinta de esta misma Audiencia Provincial: "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 artículo 1.255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con independencia 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 (nocional) 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 que el otro lo hace a uno variable, se tiene de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 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".

En definitiva, queda patente la naturaleza compleja del presente contrato que requiere una especial labor de información por parte de la entidad bancaria, para asegurarse de que el cliente comprende su contenido y verdadero alcance y evitar que el producto incrementa el riesgo del cliente desproporcionadamente a la protección que le ofrece en caso de subida, convirtiéndose en un producto claramente especulativo y muy perjudicial para el cliente.

Es por ello, que la información que emite el banco es fundamental, trascental, para que el cliente pueda dar su consentimiento a la firma del contrato.

CUARTO.- Con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, se mantiene que "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 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 artículo 2 L.M.V.).

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de este 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 artículo 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. e 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 intensa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 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" (artículo 5.3).

Dicho Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 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 (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 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 (artículo 79 bis num. 3, 4 y 7). Luego el R.D. 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios e 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 (artículo 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente a la entidad bancaria (en este caso Banco de Vasconia) demandada no le es exigible un deber de fidelidad al demandante, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalágnatico, 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 (artículo 7 del Código Civil), 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.

Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva. La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato de Swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los bancos contratan por iniciativa propia sin que existan clientes recíprocamente, interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente. La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se halla sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 20-1-2003.)".

Por último, destacan dichas sentencias que "es evidente que ostentando el banco por su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango

aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichoso sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor).

Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contrato". De ahí que concluyan, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, en las condiciones de tipo de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés." Obviamente no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza, sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del artículo 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos", o como exige el artículo 60.5 del RD 217/2.008 "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos (letra b)".

En el presente caso, ha quedado patente que dicha información no ha existido, si bien y nadie pone en duda, una mínima información si existió, un folleto y algunas explicaciones, pero cuestión muy distinta consiste en si esa información ha resultado suficiente, y a tenor de lo manifestado con anterioridad, ha quedado claramente señalado que no resulta suficiente en un producto financiero de tal complejidad la información aportado y en el cual además resulta necesario entender que los riesgos que puedan existir, de lo cual en el presente caso, no se realizó mención alguna. Es más las pruebas practicadas revelan claras y flagrantes vulneraciones del deber de información que correspondía al Banco y que van desde no proporcionar al cliente estudio o indicación alguna sobre la previsible evolución de los tipos de interés o sobre los análisis económicos de que dispusiera, pues si bien no cabe afirmar de forma tajante que las entidades bancarias incidan en su fijación, si que podemos mantener que sus relaciones empresariales y conocimientos en materia financiera les permite atisbar su evolución dentro de un periodo de tiempo, incluso a la vista de la evolución económica, prever su posible futura evolución. No hay dato alguno que permita afirmar que la entidad bancaria se cerciorase de los conocimientos financieros del cliente, al que no alerta sobre las importantes consecuencias económicas adversas que podía tener ese producto financiero, que se ocultaban o diluían bajo el eufemismo de que podían no existir beneficios para el cliente. Se insistía más en su función estabilizadora "diseñado para mitigar riesgos", sin tampoco destacar claramente el desequilibrio que suponían los diferentes límites según variasen los tipos de interés al alza o a la baja, en claro perjuicio del cliente. Y finalmente quedaban totalmente indeterminadas las consecuencias de una posible cancelación anticipada a petición de una u otra parte, que les permitiera desligarse del contrato en caso de evolución desfavorable, con una total falta de información acerca de la notable transcendencia económica negativa que podía tener una cancelación para el cliente.

No ha de olvidarse que los demandantes en todo momento han actuado basándose en la confianza existente durante muchísimos años, pues incluso el padre del demandante fue trabajador de dicha empresa demandada. Es por ello, que no cabe atender las manifestaciones vertidas por la demandada en relación a que los demandantes eran expertos financieros, o por lo menos conocedores del mercado financiero, tal como tratan de demostrar con la aportación del "tets de idoneidad", puesto que, si bien es cierto que suscribió diversos contratos con la entidad, ninguno de ellos tiene ni de lejos nada que ver con el contrato litigioso.

QUINTO.- 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 del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2001).

Uno de los motivos que da lugar a la nulidad del contrato por defectos del consentimiento es el error, tal como establece el artículo 1261 del Código Civil, pero para que el error invalide el consentimiento, tal como establece el artículo 1266 del Código Civil, 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).

De otra parte, 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 del principio de buena fe, consagrado en el art. 7 del Código Civil. Es inexcusable el error (Sentencia 4 enero 1982, de 18 febrero 1994), 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 en la declaración.

Finalmente, ha de señalarse que, como establece la Sentencia de 30 mayo 1991, 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, antecedidas y seguidas por otras en el mismo sentido), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él".

En definitiva, las omisiones en la información ofrecida por el Banco sobre aspectos principales del contrato, unida a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, hubo de producir en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil. Según la jurisprudencia, el error para ser invalidante ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de auto-responsabilidad y buena fe, este último consagrado en el artículo 7 del Código Civil. El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no solo 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 infundada en la declaración (sentencias, entre otras de 4 de enero de 1982, 6 de febrero de 1998, 30 de septiembre de 1999, 26 de julio y 20 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005)

En el caso de autos, y como ya expusimos anteriormente, la complejidad del producto financiero, la falta de información suficiente por parte de la entidad bancaria, incumpliendo los deberes que le incumben y que el demandante no tiene condición de experto financiero, revelan el carácter excusable del error sufrido por éste, valoración que no queda desvirtuada por el hecho de que los demandantes ya había suscritos anteriormente productos financieros, el hecho de haber comprado una vivienda de 2 millones de euros e incluso las manifestaciones vertidas sobre el posible asesoramiento por parte del padre del demandante.

A la vista de todo lo expuesto, puede decirse que estamos pues ante un contrato que resulta nulo por vicio de error en el consentimiento, dándose todos y cada uno de los requisitos que la jurisprudencia exige para la existencia del error invalidante. En efecto, en primer lugar estamos ante un error que recae sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto. Por tanto el error afecta a la obligación principal del contrato, es decir al pago en función de la relación entre los tipos de interés y la referencia al cálculo de su importe, y a la característica del alto riesgo del producto. Además estamos ante un error sustancial, porque afecta a un elemento nuclear del contrato, derivado de actos desconocidos para quien se obliga. En este sentido, se ha razonado aquí sobre la falta de información, imputable a la entidad bancaria. Naturalmente, el error no es imputable a quien lo parece, que no ha podido evitarlo mediante el empleo de una diligencia media o regular. También se cumple la existencia de un nexo causal entre el error y la finalidad del negocio perseguido que, para el cliente, no era otra que protegerse frente a la subida de tipos de interés cuando, en caso de bajada de dichos tipos, el producto funcionaba como un negocio especulativo y de alto riesgo, siendo imposible con una diligencia media y, en concreto con la diligencia media exigible al actor, percibirse de tales riesgos.

Es un error excusable, puesto que el cliente siguió el consejo de la persona, de las personas que en entidad bancaria le asesoraban desde hace 20 ó 25 años, a ellos y con su padre más al haber sido empleado de banco, a partir de la profunda relación de confianza con ellos, quienes le convencieron que era un producto seguro que sólo les proporcionaría los beneficios de asegurarse del alto riesgo derivado de una subida del tipo de interés, en cuanto a la operación crediticia paralelamente otorgada entre ambas partes.

El contrato, pues, es nulo de pleno derecho y en su consecuencia debe operarse la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia de contrato con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1306 del C.C.). Se trata, en definitiva, de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidado (Sentencia T.S. 22 de abril de 2005, entre otras muchas). Ello supone la recíproca devolución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de los actores en aplicación del contrato, más los intereses legales, y tras la compensación de unas u otras reintegrar el saldo resultante a los actores.

SEXTO.- En materia de costas dispone el artículo 394 de la Ley 1/ 2.000 de Enjuiciamiento Civil que " en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte

Euskal Autonomi Erkerteko Justizia
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.". Conforme a lo indicado y en atención a lo resuelto procede imponer las costas de este procedimiento a la demandada por no haber sido atendido ninguno de sus pedimentos.

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por D^a PILAR OYAGA URREA, Procuradora de los Tribunales y de D. JESUS GARCIA GONZALEZ GARCIA, frente al BANCO DE VASCONIA y en consecuencia, se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de Tipos de interés ("IRS") bonificado doble barrera suscrito en fecha de 24 de abril de 2008 con la entidad demandada y condenando a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas por la demandada como consecuencia del funcionamiento de los contratos cuya nulidad se postula, con indemnidad del derecho de la demandada a que se le abonen las cantidades pagadas a la actora durante la vigencia de los contratos cuya nulidad se postula.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LECn). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 2812 0000 04 0411 10, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15^a de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

Euskal Autonomi Erkarteke Justizi
Administrazioaren Ofizio Papero

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. JUEZ SUSTITUTO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial doy fe, en DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a veinte de junio de dos mil once.