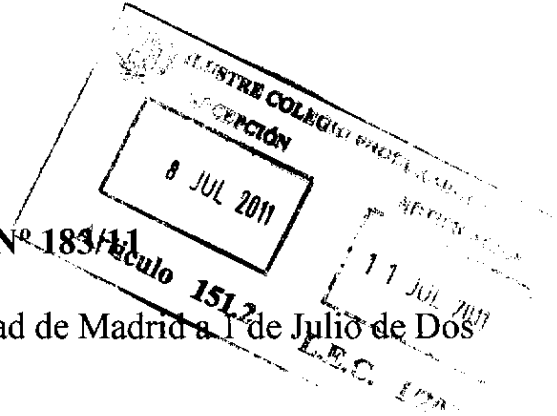


10/190

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010



SENTENCIA N° 183/11
Artículo 151.2

En nombre de S.M el Rey y en la Ciudad de Madrid a 1 de Julio de Dos Mil Once.

Vistos por ILMA SRA DÑA^a CARMEN PÉREZ GUIJO, MAGISTRADO JUEZ TITULAR del Juzgado de Primera Instancia n° 87 de esta ciudad y su partido, los Autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado bajo n° 1653/2 010 por NULIDAD DE CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA VINCULADO A HIPOTECA.

Son partes en este procedimiento, D SUSANA
con domicilio en Madrid y con DNI , como demandante, asistido de Letrado Sr Tamargo Menéndez y representado por el Procurador Sr Gordo Romero contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL SA con domicilio social en Madrid y con CIF A28000727, como demandada, asistida de Letrado Sra Maortua Sánchez y representada por el Procurador Sra Bueno Ramírez. De todos ellos sus datos de filiación quedan reflejados en Autos.

HECHOS

PRIMERO Con fecha 29 de julio de 2 010 se turnó a este Juzgado demanda promovida por el Procurador Sr Gordo Romero, en nombre y representación acreditadas que, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó en defensa de su pretensión, acabó con el SUPPLICO del tenor literal siguiente:

"Dicte en su día Sentencia condenatoria contra la entidad financiera demandada en los siguientes términos: se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés (IRS) firmado entre

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com



Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

las partes el día 11 de agosto de 2 008 por haber concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las costas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses conforme dispone el art 1303 CC de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Deberá condenarse a la entidad financiera, por tanto, a la anulación de los cargos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada. Subsidiariamente se declare que la demandante tiene derecho de apartarse anticipadamente del contrato sin obligación de pago de penalización alguna al banco demandado declarando nula o anulando cualquier estipulación por oscura contractual que se opongan a ello o imponga un costo o penalización por ello desde la fecha de la interposición de la demanda.”

Aportó documentos que, reseñados, quedaron unidos en Autos.

Con fecha 11 de octubre de 2 010, tras subsanar una omisión de los documentos de la demanda, se dictó Decreto por el que se acordaba citar y emplazar a los demandados para que se personaren y contestaren por un plazo de 20 días hábiles, con los apercibimientos legalmente establecidos para este tipo de procedimiento.

SEGUNDO Con fecha 13 de diciembre de 2 010, dentro del término del emplazamiento, se presentó escrito promovido por el Procurador Sra Bueno Ramírez, en nombre y representación acreditada que, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos en defensa de su pretensión, acabó con el siguiente SUPPLICO:

” se dicte Sentencia por la que se desestimen íntegramente los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, absolviendo a mi mandante, con expresa imposición de costas a la parte demandante.”

Aportó documentos y se unieron en Autos.

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

Con fecha 14 de diciembre de 2 010 se dictó Providencia por la que se acordaba señalar fecha para el emplazamiento a las partes a comparecencia previa, que habría de celebrarse el día 15 de abril de 2 011 haciéndose las oportunas advertencias a las partes para este tipo de comparecencia según las prescripciones fijadas por la LEC para este tipo de actuación procesal.

Llegado el día fijado y comparecidas las partes en forma, se declaró bien constituido el acto procesal y se comenzó el mismo. Se hicieron las manifestaciones que constan en acta, se mantuvieron las partes en sus propias posiciones, sin que lograre alcanzarse acuerdo alguno que pusiere fin al procedimiento, por lo que se ordenó la continuación fijando los extremos esenciales de este litigio y seguidamente se procedió al recibimiento a prueba, proponiendo la parte actora INTERROGATORIO DE PARTE, DOCUMENTAL Y TESTIFICAL y la parte demandada INTERROGATORIO DE PARTE, DOCUMENTAL, TESTIFICAL Y PERICIAL. Se señaló día para la celebración del acto de Juicio, fijándose la fecha 30 de junio de 2 011, quedando emplazadas las partes y proveídas las pruebas en los términos contenidos en el acta y la oportuna grabación.

Llegado el día fijado para la celebración del acto de Juicio, comparecieron las partes debidamente asistidas y representadas, se declaró el acto bien constituido y, siendo que no se planteó ninguna cuestión previa de las previstas en la Ley, se comenzó practicando, en primer lugar, la prueba propuesta y admitida a instancias de la parte actora. Seguidamente se continuó con la prueba admitida de la parte demandada. Expuestas por las partes, según su orden, las conclusiones orales sobre las pruebas practicadas y sobre los hechos controvertidos, se declararon los Autos conclusos para Sentencia.

TERCERO En este procedimiento se han seguido todos los trámites y requisitos legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO afirma D SUSANA que en fecha 20 de mayo de 2 004 concertó un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda que actualmente es su domicilio familiar, por un importe nominal de 225 000,00 euros, amortizable en 360 cuotas mensuales, con interés remuneratorio de 0,75 sobre el euríbor y con un interés mínimo anual del 3,25% configurado como cláusula de interés suelo. Afirma que, abonando cuota que ya incluía cantidad mayoritaria de amortización de capital, BANCO POPULAR la llamó por teléfono en el año 2 008 y le propuso la subscripción de un "seguro de cobertura de tipos de interés", explicándole que ello sería para la protección frente a la oscilación al alza de tipos de intereses nominales aplicables a la hipoteca y que sería sin costo alguno, (tanto en comisiones de apertura o mantenimiento del producto, según pudo saber luego que eso significaba costo 0). Afirma que con esas explicaciones, no obstante se le urgíó y propuso la subscripción de una póliza de contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) en fecha 11 de junio de 2 008, con un nocional de 225 000,00 euros, por una duración de 5 años y con un tipo fijo del 5,425% sobre el interés variable de referencia, euríbor a 12 meses. Afirma que ese mismo día se le hace firmar una póliza de préstamo personal por importe de 11 250,00 euros por una duración de 5 años, con interés nominal del 5,425% y con tipo moratorio por descubierto del 23,575%. Afirma que sorpresivamente en fecha de diciembre de 2 009 se le comunica por el Director de la Sucursal donde había suscrito esos productos financieros que se le iba a presentar un cargo negativo por importe de 4 140,47 euros el día 11/12/09, así como se le avisa que a partir de ese momento le pueden llegar otros cargos negativos. Como quiera que ella pensaba que había firmado un seguro de cobertura ante las oscilaciones de los tipos de interés, al darse cuenta que ese producto no era lo que pensaba había firmado, solicitó la cancelación del mismo, siendo informada que el costo por cancelación anticipada ascendía a la suma de 27 274,46 euros a fecha 12 de mayo de 2 010. Ante esta

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

situación se decide a presentar una reclamación ante Banco de España en fecha 3 de abril de 2 009 que no le resultó favorable. Afirma que como quiera que no fue debidamente informada sobre la naturaleza, las consecuencias y riesgos derivados del producto que subscribía, se le indujo a un error esencial a la hora de la concertación de dicho producto, ocultándose que existían cláusulas abusivas que le suponen un grave perjuicio económico, es por lo que solicita dicho contrato sea declarado nulo, con la obligación de restitución de las prestaciones recíprocamente recibidas o, subsidiariamente, se le permita la rescisión del contrato sin coste alguno.

Se sustentan en documentación consistente en copia de la escritura pública de constitución de préstamo hipotecario, póliza de permuta financiera de tipos de interés, póliza de garantía personal de cobertura de riesgos, test de conveniencia de fecha 11 de junio de 2 008, liquidación negativa de fecha 11/12/09, email de fecha 12/5/10 que informa que el costo negativo del siguiente cargo será de 9 594,76 euros y que el precio de cancelación es de 27 274,46 euros, reclamación dirigida al Banco de Popular en fecha no precisada, contestación de Banco Popular de fecha 3 de junio de 2 009 negando información engañosa, la naturaleza especulativa del producto y la insistencia en que se trata de una cobertura de tipos de interés. Queja dirigida al Banco de España en fecha 17 de noviembre de 2 009, documentación, circulares e informes emitidos por Banco de España en situaciones similares, así como información ilustrada relativa a Recomendaciones CESR. Se sustenta también en las declaraciones de D CRISTÓBAL VERDU NIDO con DNI 1.621.518, quien además de ratificar su informe, afirmó que si bien una cobertura de tipos de interés tal y como se dispensa por SWAP no tiene por qué ser un producto desaconsejable, lo que lo hace inapropiado en el caso presente es que no existe verdadera información sobre la cláusula de cancelación y el costo de la rescisión anticipada y que no se trata de una auténtica cobertura del riesgo de oscilación de tipos de interés de la hipoteca. Afirma que cualquier póliza de cobertura tiene que ajustarse perfectamente al producto al que dan cobertura, así tienen que existir coincidencias en tres aspectos fundamentales: 1.- nominal o nocional. De

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

forma que éste no puede permanecer fijo, sino que tiene que irse reduciendo en la misma medida que se va amortizando capital de la hipoteca cubierta. Entiende que BANCO POPULAR liquida siempre el SWAP sin atender la aminoración del nominal del préstamo. Afirma que esto es especialmente grave en el caso presente por cuanto la hipoteca se amortizó anticipadamente y por lo tanto, el SWAP de cobertura debe extinguirse con la hipoteca de cobertura. 2.- afirma que el segundo punto de coincidencia es el tiempo, de forma que la cobertura no puede tener una vida independiente o por duración superior a la hipoteca que cubre. De forma que no se puede pactar una duración de 5 años y mantener su subsistencia cuando la hipoteca se ha cancelado anticipadamente y, 3.- el tercer elemento de coincidencia tiene que hacer referencia al juego de los tipos de interés. Afirma que en este caso esa circunstancia fue particularmente gravosa, por cuanto además la hipoteca tenía previsión de una cláusula suelo y, por lo tanto es una irregularidad financiera así considerada por CNMV y Banco de España, mantener el swap cuando entra en juego la cláusula suelo y, mas aun percibir cantidades por ambos conceptos, pues deja al usuario en grave situación económica. Afirmó que si la cobertura no es perfecta respecto al producto que cubre, según establece la normativa del Banco de España, el producto se convierte en un producto financiero especulativo. Afirma que el swap tiene que comportarse y conjugarse en igualdad perfecta con el producto al que da cobertura. Afirma que es poco posible que al tiempo de la oferta del producto financiero se hubiera informado a la usuaria del funcionamiento y costo de la cláusula de vencimiento anticipado, dada la complejidad de su cálculo. Afirmó que es incierto que la recomendación fuera en favor del usuario, pues no es cierto que hubiera una previsión en mercado del alza del tipo de interés, ya que la información que se obtenía de las páginas del Banco de España indicaba que el tipo de interés se orientaba hacia la baja. Sabiendo el Banco dichas previsiones a la baja, la posición de éste era mas fuerte que la usuaria a quien le vendían el producto financiero, pues no existe un equilibrio entre las partes y ello redundó en beneficio del Banco que colocó un producto financiero a sabiendas que ya no iba a ser satisfactorio para la usuaria. Afirma que la lectura del clausulado del contrato especifica la existencia de riesgos, pero se

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

consignan de forma sintética, poco concretizada, sin ejemplos económicos de costo. Afirmó que los parámetros que establece para la fórmula de cancelación anticipada son erróneos e inducen a confusión, pues parten de establecer la fórmula sobre el interés sencillo, no siendo eso posible cuando se trata de contratos de duración superior a un año, ya que debe operar la fórmula del interés compuesto y por ello es imposible saber cual hubiera sido el costo real de la cancelación anticipada. Afirmó que el clausulado no indica con claridad al usuario que existe un riesgo cierto de pagar cantidades importantes en caso de bajada de tipos de interés. Afirmó que en el caso presente estamos hablando de un producto que no es de cobertura de otro producto financiero, sino un producto especulativo.

Se persona y opone BANCO POPULAR y niega que deba accederse a la petición interesada de contrario, pues no es cierto que no se le ofreciere información suficiente, detallada y concreta a la hoy actora al tiempo de la concertación de este producto financiero. Afirmó que se le informó suficientemente que se trataba de un seguro de cobertura de tipos de intereses que supondría que si el tipo subía, la usuaria abonaría un tipo máximo fijo, pero si el tipo bajaba, pagaría un tipo mínimo. Entendió que se trató de una información concreta y adecuada en atención al funcionamiento del producto financiero. Afirmó que no es un producto especulativo ni difícil de entender y consideró que así se viene especificando por las circulares emitidas por CNMV. Entendió que no es un producto especulativo, porque es un producto vinculado y para la cobertura de una hipoteca, por lo que no es un producto autónomo o disociado. Afirmó que se trata de un producto lícito, equilibrado, claro y concreto que explica suficientemente al usuario que si sube el tipo de interés, se le limita el que debe abonar y ello tendrá su reflejo positivos en la misma medida que vaya amortizando capital de la hipoteca y si el tipo de interés baja, deberá abonar mayor cantidad por el SWAP pero tendrá un efecto positivo en las cuotas hipotecarias. Afirmó que cuando el producto le fue ofrecido a la hoy actora, era pertinente, razonable y procuraba interés económico a ésta, pues la tendencia del euríbor en aquel momento era al alza. Afirmó que la información que se le procuró a

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

la actora fue suficiente, siendo que además el clausulado del contrato especifica con claridad los riesgos que aparece, especialmente en casos de bajada de tipos de intereses. Sostiene que si no se hubiera producido una anormal bajada de tipos de interés, no hubiera surgido problema alguno con el funcionamiento del swap. Afirmó que a la actora se le hizo un test de conveniencia previo a la subscripción del swap y resultó que tenía perfil y conocimientos suficientes para comprender la naturaleza y riesgos del producto que firmaba. Afirmó que la cláusula de cancelación anticipada no es oscura ni falta de transparencia, ya que indica con claridad que de las operaciones liquidatorias que se realicen, pueden resultar cuotas negativas para el usuario. Entendiendo que no existe vicio del consentimiento ni error en la voluntad a la hora de la contratación, el contrato es perfectamente válido y exigible, por lo que solicita la absolución de la demanda.

Se sustenta en documentación consistente en información de Internet sobre la cobertura de tipos de interés, circular informativa de Banco de España CNMV. Se sustenta en las manifestaciones de D MANUEL RIVERA MARTÍNEZ con DNI [redacted] quien afirmó ser el Director de la Sucursal que llamó a la hoy actora en junio de 2 008 para ultimar los detalles de la firma de la operación de swap, no recordando si había llamado ella para interesarse del producto o bien si desde el Banco habían llamado con anterioridad a la actora. Afirmó que él informó a la actora que se trataba de un producto de cobertura frente a las oscilaciones de los tipos de interés, detallando y extendiendo todas sus explicaciones respecto a los casos de subida de tipos de intereses, pues en esa época no había previsión de bajada de tipos de interés. Afirmó que le dijo que el producto era a costo cero, explicando al Tribunal que él entiende a costo cero cuando no existen comisiones de apertura o mantenimiento, no entendiendo como tales costos los que se derivan de la cancelación anticipada, sobre la que no vio oportuno informar a la actora, pues pensó que no se iba a producir la situación de cancelación anticipada de un producto que aun no se había firmado. Afirmó que no dio ninguna explicación sobre el funcionamiento de la cláusula de cancelación anticipada ni tampoco explicitó ningún ejemplo dinerario respecto a la

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

bajada de tipos de interés, pues afirmó que dicho panorama no se contemplaba en aquellos momentos. Afirmó que siempre dijo que se trataba de un seguro frente a la subida de tipos de intereses. Afirmó que no fue hasta que la hoy actora acudió a quejarse sobre la previsión de una cuota negativa, que no le explicó que la bajada del tipo podría aparejar cuotas elevadas negativas. Afirmó que en ese momento fue cuando explicó las circunstancias de la cláusula de cancelación anticipada, pues fue en ese momento cuando le dijo la actora que iba a rescindir antes del vencimiento. Afirmó que en ese momento le explicó que Swap funcionaba como contrato autónomo, con vida propia y que aparejaba riesgos propios. Afirmó que propuso a la actora que el nominal del swap fuera superior incluso al importe debido de capital de hipoteca en ese momento, porque afirmó que ello le beneficiaría económicamente si se producía una subida excesiva del tipo de interés. Afirmó que sabe que swap no se iba ajustando al nominal real de la hipoteca una vez tenidas en cuenta las amortizaciones de capital hipotecario, porque entendió que se trataban de productos autónomos con funcionamiento propio. Afirmó que no sabía las condiciones de la hipoteca que tenía suscrita la actora al tiempo del ofrecimiento del swap, ignorando si existía o no cláusula suelo. Afirmó que sabe que se han realizado liquidaciones de las cuotas hipotecarias aplicando la cláusula suelo de la hipoteca y además las condiciones del swap, pues volvió a insistir que se tratan de dos contratos autónomos y que tienen condiciones distintas e igualmente exigibles. Afirmó que no es posible cancelar el swap antes de su vencimiento por el solo hecho que se haya cancelado la hipoteca de forma anticipada, pues se tratan de dos contratos independientes. Se sustenta también en las declaraciones de D RUBÉN SILVANO MANSO OLIVAR con DNI [redacted] quien ratificó el informe pericial que confeccionó para la Causa. Afirmó que el swap surge, al igual que otros productos como el CAP, para dar respuesta a las exigencias legales que obligaban a las entidades financieras a dar cobertura a los usuarios de préstamos o créditos sometidos al régimen de interés variable. Afirmó que a las entidades financieras no les interesan los contratos sometidos a interés variable, dado que en casos de tipos muy bajos, obtienen poca rentabilidad por el dinero que prestan. En esa consideración los swaps

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

son productos que nacen para circular en un mercado no secundario, porque la entidad financiera busca la forma de compensar o enjugar esa pérdida de rentabilidad mediante la circulación de dichos productos. Afirmó que la cláusula de cancelación anticipada retribuye la pérdida de rentabilidad que se le genera a la entidad financiera si retira del mercado el producto antes de su vencimiento. Afirmó que cree que esas circunstancias no se explican a los usuarios porque los directores de Sucursales de las entidades financieras carecen de conocimientos o cualificación suficiente para conocer el verdadero funcionamiento de estos productos. Afirmó que es una irregularidad financiera que se aplique conjuntamente la cláusula suelo hipotecaria y el swap, pues la cláusula suelo hipotecario excluye de forma inmediata la aplicación del swap. Reconoció que si la hipoteca concertada en su día por la actora tenía previsto un tipo mínimo (suelo), no debió ofrecérsele el swap, pues éste no iba a ser operativo. Afirmó que las formulas explicativas de la cobertura del tipo de interés son muy simples y fácilmente hallables por el usuario, pero las formulas que dan el resultado de la cancelación anticipada son muy dificultosas y precisan de conocimientos muy específicos, no siendo clara la literalidad de dicha cláusula. Afirmó que no existen esos ejemplos de costos de cobertura de tipos de intereses en la póliza, pero el usuario puede hallarlos de la aplicación de la formulas de coberturas de tipos de interés, otra cosa son los ejemplos relativos a la formula de cancelación anticipada. Reconoció que, en la mayoría de los casos, la cancelación anticipada suele ser muy elevada en contra del usuario, siendo que no obstante pueden darse casos que sea el Banco quien tenga que abonarle al usuario por dicha cancelación anticipada. Reconoció que en el caso presente existe una cobertura imperfecta, pues no existe coincidencia ni en el tiempo de duración del swap, máxime por haberse cancelado anticipadamente la hipoteca, ni existe coincidencia en el nocional del swap, pues debe ir reduciéndose en la misma medida que lo hace el capital que se amortiza de la hipoteca. Reconoció que cuando la cobertura es imperfecta, el producto se convierte en especulativo de alguna forma. Afirmó que al tiempo de la concertación del producto no había previsión oficial de bajada de tipos de interés, no al menos en la forma tan anormal que se produce en septiembre de 2 008 con la quiebra

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

de Lehman Brothers. Reconoció que el swap conlleva un exceso de cobertura que lo hace relativamente especulativo. Afirmó que con la cláusula de cancelación anticipada, tal y como está configurada, no es posible saber el costo de la misma. Reconoció que si se aplica el swap y la cláusula suelo hipotecaria, se ha cometido una irregularidad en perjuicio del usuario, porque ambas cláusulas no son acumulables.

SEGUNDO como se ha visto, las razones que sostiene BANCO POPULAR para justificar el mantenimiento del contrato de swap en su día suscrito por la actora y, para solicitar que despliegue todos sus efectos, se basan en que a la actora se le ofreció un producto idóneo para sus necesidades, plenamente adaptado a su situación financiera y de riesgo, al tener suscrita una hipoteca sometida al interés variable. Afirmo que, además, se le ofreció toda la información suficiente, adecuada y necesaria para que pudiera comprender la naturaleza jurídica, el riesgo derivado del producto y el conocimiento de su funcionamiento financiero.

Ya ha tenido ocasión este Juzgador de pronunciarse en otras Resoluciones sobre el mismo producto financiero, que un swap de cobertura de tipos de interés frente a las oscilaciones de variabilidad del tipo inicialmente suscrito no tiene por qué ser un producto malo en sí mismo, siempre y cuando su objeto fuera limitarse a prestar la dicha cobertura frente a las oscilaciones de los tipos de interés variables, conforme establece la Ley 36/2 003 de 11 de noviembre de Medidas de Reforma Económica, establece en su *Artículo decimonoveno. Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios.*

1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés.

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

*Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito. Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.. De hecho esa es una exigencia legal y que resultaría muy adecuada a los intereses de los usuarios de productos financieros, ya que les protegería de oscilaciones al alza muy elevadas. Igualmente ya consignamos en dichas Resoluciones que el principal problema no lo representa la cobertura de las oscilaciones en sí mismas, sino el hecho de que la entidad financiera acuda a productos financieros nacidos para circular en el mercado interbancario, buscando la máxima rentabilidad económica en su beneficio (a la entidad financiera no le interesa un tipo de interés muy bajo, pues obtiene poca rentabilidad por el dinero que presta) y haciendo pesar íntegramente sobre el usuario el riesgo de pérdida de rentabilidad, al hacerle soportar el precio de la cancelación anticipada del producto por su retirada anticipada del mercado interbancario, **NO HABIENDO INFORMADO CONVENIENTEMENTE** al usuario de esta circunstancia. Es decir, la entidad financiera, aprovechando su mejor posición en el mercado, hace suscribir al usuario un producto financiero no simétrico, para destinarlo a circular en un mercado interbancario, haciendo pechar al usuario con el riesgo y ventura del mercado sobre dicho producto, sin haberle informado debidamente de esas circunstancias: (su circulación en mercado interbancario, su naturaleza totalmente especulativa -pues lo descausaliza respecto al contrato base al que presuntamente daba cobertura- y haciéndole recaer el riesgo y ventura de la retirada anticipada), habiendo **OCULTADO** todas esas eventualidades al tiempo de la concertación. Se ofrece el producto como una cobertura asociada, pero se vende al usuario un producto especulativo, dissociado y no simétrico, al hacer recaer - como se ha dicho- sobre el usuario, el riesgo y ventura del mercado interbancario, de forma totalmente sorpresiva y oscura. Así, ya tuve ocasión de indicar en otras resoluciones que sabido*

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

es -por su notoriedad y por la trascendencia que esta materia de los swaps, IRS o permutas financieras están generando- que, cuando entró en vigor el citado art 19 de la ley 36/2 003 de 11 de noviembre, las entidades financieras no crearon un producto específico para dar cumplimiento a esa exigencia legal, sino que adaptaron otros productos autónomos, de propia naturaleza, hechos para circular en el mercado y con su propia complejidad en cuanto a la asunción de riesgos (en genérico SWAPS, nacidos generalmente para el comercio interbancario en ámbito internacional o para grandes operadores financieros) y, lo que es mas lamentable a juicio de este Juzgador, es que se "colgaron", se derivaron, se anexaron o se adicionaron al producto que presuntamente daban cobertura por esa nueva exigencia legal, con la propia naturaleza y substantividad que por si mismos tenían. Esto ha hecho que determinadas cláusulas que se habían establecido para el resarcimiento de costos ante recuperaciones anticipadas del producto que estaba circulando en el mercado, se mantuvieran sin ajustarse a su nuevo destino y se hicieran pesar sobre clientes minoristas de alto perfil conservador y nula finalidad inversionista. Entiende este Juzgador que eso es lo que ha ocurrido con la llamada cláusula de CANCELACIÓN.

Al anexas, "clipear", colgar o adicionar los swap al contrato de hipoteca o leasing inmobiliario -o cualquier otro producto sometido a interés variable no destinado a circular en mercado-, no se suprimió dicha cláusula que había surgido para productos destinados a circular, pese a que tales nuevos productos no estaban destinados a circular en ningún mercado de la clase que fuera, por lo que ningún riesgo de gasto imprevisto, asunción de costos excesivos o resarcimiento de desembolsos previos, se habría de subvenir con dichos gastos de cancelación que, no obstante, se mantenían. Máxime porque además nunca se informaba a los usuarios de dicha vocación de circulación en mercado no secundario. Esta misma circunstancia ha sido reconocida en el caso presente por el testigo Sr Manso Olivar quien afirmó que el principal problema con la venta de estos productos es la escasa o nula cualificación de los Directores de las Sucursales financieras que no pueden explicar un producto que no conocen cómo funciona en realidad.

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

Esa falta de idoneidad objetiva del producto, en unión a los parámetros escogidos para su cálculo, el hecho de su mención difusa en las explicaciones dadas a los clientes, en aquellos casos que existe: (ha de recordarse que el testigo Sr Rivera Martínez explicó que no había considerado necesario informar a la hoy actora del funcionamiento de la cláusula anticipada, pues no lo consideró necesario ni lógico, pues no iba a explicar cómo funcionaba la cancelación anticipada de un contrato que no se había aun suscrito. Afirmó que lo explicó cuando ya surgieron las liquidaciones negativas y a raíz que la hoy actora acudió a pedir explicaciones). Esa ocultación de una cláusula de precio tan grave, de funcionamiento tan discutible y la aparente sencillez de la formula que se especifica en el documento hoy controvertido (cláusula 4), así como la necesidad de remitir -para obtener el precio de la liquidación- a un departamento central, distinto a la propia Sucursal a la que acude el cliente por razón de su confianza y para obtener una respuesta cierta e inmediata sobre el costo de una operación puramente bancaria, llevan a este Juzgador a entender que dicha cláusula es:

.- inadecuada,

.-no responde a ninguna exigencia legal, que solo se orienta a la estabilización de riesgos por oscilaciones de tipo de interés

.- es oscura, porque sus parámetros no son tan sencillos como parece deducirse del clausulado. Esta circunstancia de la obscuridad y dificultad de su determinación líquida fue reconocida por el Sr Manso Olivar y también por el Sr Verdú.

.- es poco transparente, establecida de forma asimétrica en beneficio de la entidad financiera, pues tiende a procurarle un resarcimiento de unos costes de cancelación anticipada que nunca debieron hacerse pechar sobre el usuario sin previamente explicarle esa consecuencia.

.- es desproporcionada, por cuanto no guarda relación con ningún

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

servicio bancario, no retribuye ninguna actuación bancaria realizada para con ese cliente, sino solo está pensada para minimizar riesgos que pudiera sufrir la propia entidad financiera y sin haber informado de ello al cliente.

.- es excesiva, pues es un costo elevadísimo para simplemente desligarse de un producto adicional que no estaba previsto para procurar un lucro desmesurado- o, aunque sea razonable-, a la entidad financiera, sino para contrarrestar oscilaciones de tipo de interés al USUARIO. En el caso de la parte actora D SUSANA , el costo previsible de la cancelación a la fecha de 12 de mayo de 2 010 era de 27 274,46 EUROS

.- es injustificada, porque no encuentra este Juzgador ningún motivo o razón de peso por el que dicha cláusula sea de necesaria consignación en este tipo de productos financieros, pues bien podría haberse substituido por una comisión inferior, razonable y proporcionada, como sería para retribuir el hecho de dar de baja la póliza. En cualquier caso, sería obligación de las entidades financieras buscar productos adecuados a la normativa y a la naturaleza del cliente minorista al que se lo ofrecen. No puede olvidarse que la normativa aplicable no establece la posibilidad o la obligatoriedad legal que la entidad financiera tenga que poner en circulación en mercado no secundario estos productos. Ello es una búsqueda de la propia rentabilidad voluntariamente querida por la entidad financiera pero que no puede hacer recaer en su integridad sobre un usuario desavisado.

.- es disuasoria, porque imposibilita -precisamente por su elevadísimo costo- al cliente desligarse con libertad de un contrato que le es desventajoso y que ya no le procura la cobertura que fue el motivo esencial y prístino para celebrar ese contrato.

.- es sorpresiva, por cuanto al tiempo de contratar el producto financiero en cuestión -(por su remisión a fórmulas de sencillez aparente con parámetros determinables a futuro), pasa desapercibida su transcendencia

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

para cualquier tipo de cliente no avisado, pues al no poderse hacer un cálculo apriorístico de su costo, hace difusa la sensación de riesgo en el cliente, y le lleva, desapercibidamente, a contratarlo sin saber que no va a poder desligarse del mismo a su voluntad, aunque sea pagando una pequeñísima comisión. No será hasta el momento en que decide cancelar cuando recibe la desagradable "sorpresa" del costo de cancelación.

Este Juzgador entiende que es un costo excesivo, que no retribuye nada legamente amparable, que no beneficia al cliente, -porque además no le permite aplicarlo para aminorar el nominal del producto presuntamente optimizado- y le disuade de forma automática de cancelar, a fin de no tener que desembolsar una cantidad notable de un dinero improductivo (salvo para la entidad financiera), recordemos que en este caso asciende a la suma de 27 274,46 euros. Ese carácter disuasorio de la dicha cláusula de cancelación (que, como hemos visto a lo largo del procedimiento y de la evolución de estos productos en la realidad diaria), lleva a los clientes a seguir vinculados al swap con notables pérdidas dinerarias que les colocan en situaciones de agobio económico intolerable en derecho, por cuanto no era esa la finalidad legal que dio origen a la cobertura del producto inicial y por la que ellos contrataron, máxime porque ese dinero que deben pagar por cancelar no les repercute en forma alguna ni les permite ir aminorando su deuda. Es solo el costo por desvincularse del producto adicionado -swap-.

Como se ha visto, no se ofreció a la hoy actora toda la información precisa, adecuada, suficiente y necesaria para que ella pudiera calibrar los riesgos, consecuencias y obligaciones reales que estaba asumiendo. Esa falta de información, esa conducta de ocultación y actuación desleal, es lo que hace que se haya incurrido en un vicio de consentimiento a la hora de concertar el contrato.

Como ya dijo este Juzgador en otras Resoluciones, dicha falta de consentimiento podría afectar solo a la cláusula de cancelación anticipada, pues lo cierto es que no existen dudas en la aplicación de las

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

coberturas de oscilación de tipos. Esto es un hecho reconocido por todos los peritos que depusieron en la Causa y además la póliza no ofrece duda sobre los cálculos que podrían hacerse para la determinación del costo de la cobertura de tipos. Así lo reconoció tanto el Sr Manso Olivar como el Sr Verdú.

El problema es que en el caso presente no puede dictarse un pronunciamiento de Nulidad Parcial, pues concurre otra circunstancia especialmente grave y trascendente. NO SE VENDIÓ a la Sra un producto IDÓNEO para sus necesidades. Así, el propio Sr Manso Olivar reconoció que se le había ofrecido un producto parcialmente especulativo, por cuanto la cobertura es imperfecta, al no coincidir el nocional con el importe real, existente en cada momento de la hipoteca (no se iba aminorando el nocional en la misma medida que se iba amortizando el capital hipotecario), no ajusta el tiempo de la cobertura, de manera que la cancelación anticipada de la hipoteca debería haber extinguido de forma automática el swap y, además de incurrir en una irregularidad financiera claramente proscrita por todos los reguladores: no se puede aplicar un swap en conjunción con una cláusula suelo hipotecaria. El Sr Rivera reconoció que se venían haciendo liquidaciones hipotecarias respecto a la cláusula suelo y, concurrentemente, se le hacían liquidaciones derivadas del swap, pues -afirmó- se trata de contratos autónomos y disociados.

Ambos peritos Sr Verdú y Sr Manso Olivar, fueron contestes en un aspecto: la cobertura que debe dispensar el swap de hipoteca, respecto a dicha hipoteca debe ajustarse en su totalidad. Lo contrario supondría convertir el swap en un producto especulativo y totalmente disímil a la finalidad con que fue ofrecido al cliente.

En el caso presente BANCO POPULAR vendió a D SUSANA un producto totalmente inidóneo, que incurría en grave irregularidad financiera, que le suponía un grave perjuicio económico y, se le vendió con ocultación de información veraz, cierta, completa y ajustada a la realidad de la naturaleza jurídica del producto que se le

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

sometía a la firma. El BANCO POPULAR actuó maliciosamente en perjuicio de su cliente, con la intención de procurarse una rentabilidad económica derivada de la circulación de un producto financiero inidóneo, ya que venía obligado al cumplimiento de una obligación legal, que en el caso presente NO ERA EXIGIBLE, al contar la hipoteca con una cláusula suelo.

La demanda deberá ser totalmente estimada. El SWAP en su día suscrito, así como cualquier producto financiero anexo, clipeado, unido, asociado o dimanante del mismo negocio jurídico debe ser declarado NULO, sin efectos jurídicos. Las partes deberán restituirse la totalidad de las prestaciones derivadas de estos productos financieros. Para ello, BANCO POPULAR deberá abonar intereses de las cantidades que deba retroceder a D SUSANA desde la misma fecha que hizo el apunte que debe retrocederse, mientras que D SUSANA solo deberá abonar intereses al BANCO POPULAR por las cantidades que deba reembolsarle desde la fecha de la aprobación judicial de las dichas liquidaciones, en defecto de acuerdo. En caso de acuerdo entre las partes, los intereses se devengarán para la Sra Aguado desde el momento en que preste su conformidad a la liquidación bancaria que se le presente.

TERCERO ante la desestimación de la demanda, las costas de este litigio, incluyendo los honorarios del Sr Verdú Nido deberán correr a cargo de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA en virtud del principio del vencimiento objetivo del art 394 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinentes aplicación y por la autoridad conferida por el Pueblo Español

FALLO

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

DEBO ESTIMAR Y ESTIMO íntegramente la demanda promovida por el Procurador Sr Gordo Romero en nombre y representación acreditada en la Causa.

DEBO DECLARAR Y DECLARO la plena y completa NULIDAD del contrato SWAP firmado por D SUSANA

y BANCO POPULAR ESPAÑOL SA en fecha 11 de agosto de 2 008 por la concurrencia manifiesta e insubsanable de vicio del consentimiento, debiendo declararse igualmente la nulidad de cualquier producto financiero anexo, clipeado, unido, asociado o dimanante del mismo negocio jurídico, distinto de la hipoteca a la que daba cobertura. En su consecuencia, **DEBO DECLARAR Y ORDENAR, Y ASÍ LO HAGO** que las partes vienen obligadas a restituirse la totalidad de las prestaciones derivadas de estos productos financieros afectados por este pronunciamiento de nulidad. Para ello, BANCO POPULAR deberá practicar las liquidaciones correspondientes hasta la total restitución de la situación al momento anterior a la suscripción del swap, con el reflejo correspondiente por la cancelación anticipada de la hipoteca y **DEBO CONDENARLA Y ASÍ LO HAGO** a abonar D SUSANA

el resultado correspondiente de dicha liquidación con más los intereses que hubiera aplicado a la hora de la liquidación del swap, de aquellas cantidades que deba retroceder a D SUSANA los intereses que se devengarán desde la misma fecha que hizo el apunte que debe retrocederse, mientras que D SUSANA **vendrá obligada** a abonar a BANCO POPULAR ESPAÑOL SA los intereses por las cantidades que deba reembolsarle desde la fecha de la aprobación judicial de las dichas liquidaciones, en defecto de acuerdo. En caso de acuerdo entre las partes, los intereses se devengarán para la Sra Aguado desde el momento en que preste su conformidad a la liquidación bancaria que se le presente. Cualquier disensión sobre las operaciones liquidatorias que deban practicarse conforme a los parámetros aquí establecidos deberán ser supervisadas por D CRISTÓBAL VERDUNO, debiendo correr BANCO POPULAR ESPAÑOL SA con los honorarios de dicho perito.

Juzgado de Primera Instancia n 87 de los de Madrid

Procedimiento Ordinario n 1653/2 010

DEBO CONDENAR Y CONDENO a BANCO POPULAR ESPAÑOL SA a abonar las costas de este procedimiento incluyendo, los honorarios de D CRISTÓBAL VERDU NIDO.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas con apercibimiento de los recursos que contra la misma proceden conforme al art. 248.4 LOPJ. Recurso de Apelación que habrá de interponerse previa constitución del depósito legal de 50 euros al tiempo de formalizarse y en la forma expresa que se indicará en Resolución aparte.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales y el original al Libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta, Mi Sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior Resolución, es entregada en el día de hoy en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación literal de la misma para su unión en Autos, quedando el original archivado en su Libro correspondiente. Madrid a. Doy fe.