

JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION N. 2
CIUDAD RODRIGO

SENTENCIA: 00039/2011

S E N T E N C I A 39/11

JUEZ QUE LA DICTA: ALFREDO LOPEZ CALLEJA

Lugar: CIUDAD RODRIGO

Fecha: catorce de Julio de 2011

Demandante:

Abogado/a: ANTONIO ACOSTA GARCIA
Procurador/a: OLGA ALONSO MATEOS

Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.
Abogado/a: ANA ARROYO MARÍN
Procurador/a: JOSE RAMON CID CEBRIAN

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000028 /2011

Vistos por mí D. Alfredo López Calleja, Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Ciudad Rodrigo y su Partido, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 28/2.011, seguidos a instancia de Dña. _____, y de D. _____,

representados ambos por la Procuradora Dña. Olga Alonso Mateos, y asistidos del Letrado D. Antonio Acosta García, frente a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representada por el Procurador D. José Ramón Cid Cebrián, y asistida de la Letrada Dña. Ana Arroyo Marín, ha recaído la presente Sentencia, sobre la base de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la meritada representación de la parte actora formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual se solicitaba previa alegación de hechos y fundamentos de derecho, que se dictara Sentencia por la que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés IRS, suscrito entre las partes con fecha 27 de marzo de 2.007, y en consecuencia se condene a la demandada a devolver a los actores la cantidad de TRES MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN EUROS, CON TREINTA Y NUEVE CÉNTIMOS DE EURO (3.561,39 €), junto con todas las cantidades que como liquidaciones se vayan pagando por estos hasta la resolución del pleito. Subsidiariamente se solicitaba que para caso de que no se estimase la anterior petición, la Sentencia declare resuelto el contrato referido, y consecuentemente se condene a la entidad demandada a

abonarles las mismas cantidades referidas a propósito de la primera acción ejercitada, o subsidiariamente en su caso, según la demanda, las que se declaren procedentes en Sentencia. Se solicita también como petición común a las dos acciones ejercitadas, que se condene a la entidad demandada a abonar a los actores los intereses legales devengados desde la fecha de presentación de la demanda, y, a partir de la Sentencia, el interés legal incrementado en dos puntos, más en último lugar, que se condene en costas a la demandada, con declaración expresa de temeridad y mala fe.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal compareciere en autos asistida de Letrado y Procurador, y contestara aquélla, lo cual verificó en tiempo y forma mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda arreglado a las prescripciones legales, en el que interesaba que se dictara Sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas a la actora, defendiendo la validez del contrato en su día suscrito entre las partes sobre la base de los motivos y alegaciones que luego se dirán.

TERCERO.- Contestada la demanda, se convocó a las partes a la celebración de la Audiencia Previa, que tuvo lugar el día 12 de abril de 2.011, y a la que asistieron las partes debidamente personadas con Abogado y Procurador. En la audiencia las partes manifestaron no haber llegado a ningún acuerdo o transacción, ni estar dispuestas a lograrlo, y se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación. No se formularon excepciones procesales, y a continuación las partes propusieron prueba que fue admitida en su totalidad, y se señaló como fecha de celebración del Juicio el día 8 de junio de 2.011, citando al efecto a las partes.

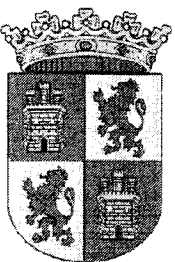
CUARTO.- Llegado el día del Juicio, se llevaron a la práctica las pruebas admitidas a la actora y a la demandada, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- En la sustanciación del presente Juicio se han observado las prescripciones legales, y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones ejercitadas por las partes:

1º.- La parte actora ejercita la acción de nulidad prevista en el artículo 1.300 del Código Civil, solicitando que se declare la ineficacia contrato de permuta financiera de tipos de interés IRS, suscrito entre las partes con fecha 27 de marzo de 2.007, alegando haberse producido vicio en el consentimiento, y solicitan la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones derivadas del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 1.303 y siguientes del Código Civil.

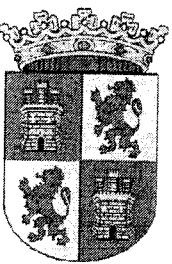


2º.- Frente a ello la parte demandada se opone negando todos y cada uno de los hechos alegados como causa de ineficacia del contrato suscrito que se señalan en la demanda, manteniendo la validez y eficacia del contrato celebrado, e interesando la desestimación de la demanda y la imposición de las costas procesales a la parte actora.

SEGUNDO.- El artículo 1.300 del Código Civil dispone: "Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a las leyes.". Este artículo habla de la anulabilidad, que es un tipo de ineficacia del contrato que según el texto del artículo, se produce cuando el contrato adolece de un vicio que lo invalida con arreglo a la Ley. Tales vicios son, por un lado, el defecto de capacidad, y por otro lado, los vicios del consentimiento, uno de los cuales es el error tal y como dispone el artículo 1.265 del Código Civil, según el cual: "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.".

Por su parte, el artículo 1.266 del Código Civil viene a establecer la condiciones que ha de tener el error para producir la ineficacia del negocio jurídico, establece en su apartado 1º: "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquéllas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.". Sobre la base de este artículo último, la Jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las condiciones que ha de reunir el error para que sea causa de ineficacia de los negocios jurídicos, entre otras se puede citar la Sentencia de 21 de mayo de 1.997, que dice: "Siendo el error el vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta y que precisa ser esencial (determinante de la voluntad declarada) y excusable (que no pudo ser evitado mediante una diligencia media), lo contempla en artículo 1.266 y lo califica el artículo 1.265 del Código Civil como vicio del consentimiento, que da lugar a la anulabilidad del contrato regulada en los artículos 1.300 y siguientes, el error es un vicio de la voluntad que se da o no en el momento de la perfección del contrato. No cabe alegar error en el contrato, respecto de un hecho que se ha producido en la fase de consumación.".

Igualmente en el mismo sentido de la anterior, la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala primera de lo civil, sentencia de 13 de febrero de 2.007, número de Sentencia 133/2007, y número de recurso 358/2000 repite lo dicho, y señala también que de los requisitos indicados sobre el error para su efecto invalidante, se repiten, que sea esencial y excusable, ambos, y especialmente el último ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso, y que citando la Sentencia de 12 de noviembre de 2.004, con cita a su vez esta última de las de 14 y 18 de febrero de 1.994, 6 de noviembre de 1.996, 30 de septiembre de 1.999, y 24 de enero de 2.003, afirma que " para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquél que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar al consentimiento.".



Quizás de una manera más específica, la Sentencia de 4 de enero de 1.982, ya estableció en este sentido que para valorar la excusabilidad del error, "habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales, valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (artículo 1.258 del Código Civil), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar."

TERCERO.- Las pretensiones de las partes giran en torno a los siguientes hechos:

1º.- Las partes suscribieron con fecha 27 de marzo de 2.007 un contrato de permuta financiera de tipos de interés, también denominado IRS.

Ha de explicarse, que mediante este tipo de contratos, como ha sido en este caso concreto, dos partes, el cliente y el banco, pactan durante un periodo de tiempo preestablecido, hacerse pagos recíprocos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico en base a un tipo de interés de referencia distinto para cada una de ellas.

El contrato genera las siguientes obligaciones, si el tipo de referencia en este caso el Euribor, sube por encima de un tipo de interés prefijado, que es un límite máximo fijado en el contrato, el banco abonará la diferencia al cliente, mientras que por el contrario, si el tipo de referencia baja por debajo del tipo fijo que así opera como límite mínimo, será el cliente el que deberá abonar la diferencia al Banco. En la práctica los intercambios se satisfacen por una sola de las partes por el importe neto de la diferencia de intereses en cada uno de los plazos de liquidación pactados, y esta diferencia positiva o negativa se registrará en la cuenta especial del cliente creada al efecto en el Banco.

La finalidad última teórica de estos contratos, es, y debería ser, según resulta de la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 2/2.003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, la de procurar en el ámbito del mercado hipotecario dos objetivos combinados, a saber: "promover la competencia y atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de los tipos de interés propios del mercado financiero."

La finalidad específica que en el caso de autos motivó en los actores la celebración del contrato, fue obtener la cobertura frente al riesgo expuesto que se podía derivar para la parte actora por motivo de haber suscrito con el banco demandado con fecha 4 de mayo de 2.006 un contrato de préstamo hipotecario en el que en un primer periodo de amortización del préstamo, se había pactado un tipo fijo de interés inicial, que luego acabado dicho primer periodo se convertiría en un tipo variable de interés.

2º.- La parte actora dice que no se le mencionaron en ningún momento ni los elementos de riesgo que el producto tiene, ni tampoco los importantes costes de cancelación del mismo. De manera específica se dice en la demanda, que la información ofrecida por el Banco demandado al ofrecer el producto consistió en describirlo como un seguro de cobertura ante subidas de los tipos de interés, como cobertura del riesgo que ello podría suponer en las obligaciones económicas que la parte actora ya había contraído con el banco a través de la

firma del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre ambos con anterioridad. Dice la parte actora, que la información que se le dio se limitó a explicarle que la subida sobre el tipo pactado en el contrato de permuta, generaría sobre el banco la obligación de abonar la diferencia, pero que no se le informó de la correlativa obligación contraria a cargo del cliente parte actora, de abonar al banco las diferencias para caso de bajadas de los tipos. Y por último, que se le informó que cabía la posibilidad de cancelación anticipada del contrato, y que en caso de ejercitarla la parte actora, ello únicamente le supondría un pequeño coste similar al de cualquier seguro que se cancela antes del final de su vigencia.

Por el contrario la parte demandada niega los hechos de la demanda, al contrario, mantiene que los términos del contrato de permuta suscrito son claros, así la fórmula que contiene el contrato para el cálculo de las liquidaciones periódicas pactadas es simple y fácil de comprender. Dice también que los clientes demandantes habían suscrito con anterioridad operaciones derivadas de fondos de inversiones lo cual refuerza la claridad del contrato para ellos así como su perfecta comprensión de sus efectos. Afirma igualmente la correcta comercialización del producto por su parte, la claridad y suficiencia de la información que el contrato contiene sobre la cancelación anticipada, y por último niega que en su proceder en la contratación en este caso concreto del producto hubiera mala fe.

CUARTO.- La prueba practicada ha demostrado que la parte actora, D. [REDACTED], y Dña. [REDACTED], suscribieron el contrato de permuta financiera desconociendo en realidad el verdadero funcionamiento, un adecuado conocimiento de las obligaciones que generaba, sus consecuencias, y por supuesto los riesgos que asumían con la contratación de este producto que les fue ofrecido. Esta falta de conocimiento o error en la formación de la voluntad de los actores a la hora de suscribir el contrato se produjo como consecuencia de un falta de información, si se prefiere por causa de una escasa información que les dio la entidad demandada a través de los empleados encargados de la comercialización del producto financiero que es la permuta referida. Ello resulta acreditado a raíz de toda la prueba practicada, pero muy en especial de la declaraciones del testigo D. Javier [REDACTED], que fue quien ofreció el producto a la parte actora, quien le informó sobre su naturaleza y funcionamiento, y quien determinó que los actores suscribieran el contrato de permuta de tipos de interés sin que tuvieran verdadero conocimiento de lo suscrito, de las obligaciones que resultaban para las partes, especialmente en su onerosidad, de los riesgos de la operación.

En su declaración el testigo mencionado ha declarado que le comentó a D. [REDACTED] la existencia del producto y su funcionamiento, y que esto ocurrió no sabe si dos, tres, o siete días antes de la firma del contrato. Por otro lado el producto, en su comentario, fue ofrecido al cliente como un producto de cobertura financiera, y ello porque producía el efecto de impedir un eventual incremento del tipo de interés del préstamo hipotecario que tenía concertado de antes con la entidad. Durante toda su declaración este testigo ha repetido la función de cobertura que el producto tiene, no ha

mencionado en ninguna ocasión los riesgos que se asumen con su contratación.

Por otro lado, la elección del cliente y la información que se le dio al respecto del producto, lo fueron por hecho de tener suscrito con anterioridad con el Banco un préstamo hipotecario con un interés que después de un primer periodo dejaba de ser de tener un tipo fijo, y pasaba a ser variable. La elección del cliente no resulta conducta inadecuada sino al contrario obligada, sin embargo, sobre la información que se le dio, el testigo ha declarado que no se hacen, al menos no se hacía en aquella época en la sucursal de la entidad demandada, no se hacían se repite, estudios sobre la capacidad o experiencia del cliente elegido al que se le ofrecían sobre operaciones bursátiles, que esto eran detalles en los que no se entraba. El mismo testigo ha declarado a preguntas del Letrado de la parte actora, que no recuerda si le explicaron o no al cliente antes de la firma del contrato, (de haberlo hecho seguro que lo habría afirmado), los costes de cancelación del producto en cuestión, y ello porque el objeto del producto era continuar con un gasto financiero estable a partir del tercer año de vigencia del préstamo hipotecario que tenía suscrito con la entidad, momento en el que el tipo de interés del préstamo se convertía en variable. Resulta también por las declaraciones de los actores, por el contenido de las cláusulas particulares del contrato, y por las declaraciones del testigo, que no se le informó al cliente de que la entidad con la que firmó el contrato no recibía ni perjuicios ni beneficios, palabras estas del testigo, sino que la entidad sólo intermedia entre el cliente y el Mercado Secundario, y que solo recibe una comisión por esta labor de lo cual no se informó al cliente en su momento. Tampoco se debió informar en su día al cliente de que no se puede hacer una previsión de los tipos de interés a efectos de liquidación, esto es así, porque el propio testigo es lo que contesta a preguntas del Letrado de la actora, luego por tanto tampoco se le pudo informar al cliente de que por igual, no se podrían hacer previsiones similares a los efectos de una eventual cancelación anticipada de la permuta, y esto con independencia del hecho de que se pueda o no, (es decir, lo importante es si se le informó o no, además de aquello de lo que le informa a alguien). No se le informó al cliente, porque el propio testigo a preguntas no sabe contestarlo, cómo y dónde, si no es acudiendo a la entidad demandada, puede el cliente que contrata estos productos obtener información sobre las fluctuaciones del tipo de interés que se produzcan, así como del mismo modo respecto del cálculo o previsión o conocimiento de las liquidaciones a los efectos de una eventual cancelación anticipada. No se informó al cliente tampoco, de que, como el testigo ha declarado en juicio, la cláusula suelo de su préstamo hipotecario podía hacer que la permuta no cumpliera su función de cobertura, y no se le informó al cliente de que lo normal habría sido eliminarla a raíz de la contratación de la permuta, este dato técnico lo ha dicho también el testigo en su declaración, así como que su entidad solía eliminarla en tales casos. No se informó al cliente de que la indicación del valor de la cancelación anticipada, caso de hacer uso de ella, dependería de lo que se marque según las perspectivas de bajadas o subidas del Euribor, esto es así por el hecho de que el mismo testigo ha dicho no saber hacerlas, ha dicho no saber la fórmula de cálculo de la cancelación, ha dicho no saber donde pueden

hacerse consultas si no es en la entidad pero en todo caso en departamento distinto al suyo, concretamente en el de tesorería, y por haber manifestado por último el testigo, que es el Mercado Secundario el que sabe lo que va a pasar con el Euribor a los efectos de la cancelación, y a este respecto ha de tenerse en cuenta sus declaraciones citadas un poco más arriba.

El testigo por otro ha realizado una serie de declaraciones a preguntas del Letrado de la parte actora que demuestran cierta falta de conocimiento de algunos aspectos relacionados con la operación de permuta, así, no ha sabido dar respuesta concreta de lo que es un Mercado Secundario de Valores. Ha contestado también a más preguntas, que no entiende la pregunta simple de si el procedimiento de venta de un IRS es igual o distinto que el de venta de acciones. Igualmente ha contestado que no sabe dónde viene publicado el Mercado Secundario porque las permutas financieras no las estructuran ellos, y que en todo caso será el departamento de tesorería de la entidad el que sabrá dónde viene publicado, cómo se producirá esto. Por último, ha manifestado desconocer cómo y dónde, si no es acudiendo a la entidad demandada, puede el cliente que contrata estos productos obtener información sobre las fluctuaciones del tipo de interés que se produzcan, así como del mismo modo respecto del cálculo o previsión o conocimiento de las liquidaciones a los efectos de una eventual cancelación anticipada, en definitiva todas estas cuestiones, dice que pueden resolverse por el cliente acudiendo a la entidad demandada.

Respecto del conocimiento por el testigo director de la sucursal de la operación concreta de permuta objeto de este Juicio, el testigo ha dicho en Juicio que la cancelación anticipada de la permuta puede suponer una liquidación a favor o en contra del cliente, dependiendo de la cantidad resultante de la aplicación de la fórmula a aplicar que depende en todo caso de las perspectivas de bajadas o subidas del Euribor. Lo cierto es sin embargo, que ha declarado que quizás esto no ocurra si en el préstamo hipotecario para cuya cobertura se suscribió la permuta hubiera cláusula suelo de interés a favor de la Entidad. A este respecto el testigo ha declarado que no sabe si la supresión de la acotación mínima tenía que haberse hecho de manera automática por la entidad o a solicitud de los actores, en cualquier caso declara que no sabía si los actores tenían o no la cláusula suelo en su préstamo hipotecario. Su conocimiento de la propuesta que efectuó al actor D. [REDACTED] no se extendió sin embargo a las compensaciones que se le iban a producir en beneficio del actor entre las liquidaciones de la permuta y los beneficios derivados de las bajadas o subidas del tipo de interés del préstamo hipotecario, esto es así por el hecho de que el testigo Director no sabía de la existencia de la cláusula suelo en el préstamo, y no sabía, caso de existir, si esta iba a ser suprimida automáticamente o a petición del actor cliente al contratar la permuta.

Cambiando de testifical practicada, las de los demás testigos también empleados de la entidad demandada en la fecha de los contratos, D. Jaime [REDACTED], y D. Miguel [REDACTED], no hacen más que confirmar todo lo expuesto anteriormente a propósito de la información que recibieron los actores en su día que determinó la contratación de su permuta. Ambos testigos declaran que sólo intervinieron en la firma del contrato, que no asesoraron en dicho momento ni en ningún otro

a los actores, y ello porque estos les dijeron en el momento de la firma que ya se les había explicado en qué consistía, coincidiendo ambos testigos, en que el único encargado en la época que nos interesa, de la comercialización de productos como la permuta, era el director de la sucursal D. Javier [REDACTED], testigo cuya declaración se ha valorado anteriormente.

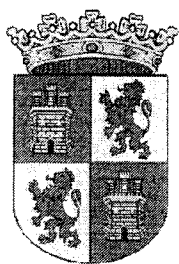
Si es de destacar sin embargo la declaración del testigo empleado de la entidad D. Miguel [REDACTED] a los efectos de acreditar la relación cercana entre los actores y el testigo D. Javier Pascual Vicente, que fue quien ofreció el producto a la parte actora como Director de la sucursal y único encargado de la comercialización de la permuta. El testigo D. Miguel [REDACTED] dice que los actores le eran conocidos ya que eran clientes habituales de la entidad, también dice que los actores en el momento de la firma dijeron ya haber sido informados sobre el producto. Los actores dan una serie de datos sobre esta relación con el director, dicen y no niega el Director que había relación comercial por ser la entidad donde tenían cuenta los actores, y otras operaciones realizadas, además está el préstamo hipotecario suscrito con anterioridad, y por otro lado, los actores dicen que si había una cierta amistad con el director por motivo de que se conocían de hace años de un viaje de fin de carrera en el que coincidieron el actor D. [REDACTED], y el director, además las relaciones con él fueron en el aspecto comercial continuas por parte de ambos actores. Por su parte el director no niega esta relación salvo por calificarla de amistad, hecho este sin embargo que no tiene importancia porque lo que sí ha quedado demostrado es la existencia de una relación al menos de confianza, no solo por el trato personal acreditado entre director y actores y derivado de sus servicios a partir de conocerse de antes, sino además también del hecho de que los actores le consideraban una persona a fiar por el añadido de sus conocimientos bancarios, que este les prestaba con un trato sin duda más distendido que a otros clientes.

Este trato o esta relación, unida a la considerada falta de información prestada a los actores, explica perfectamente el hecho de que estos confiaran en las recomendaciones del director de la entidad, y explica también que estos vieran la permuta ofrecida como un tipo de cobertura, en realidad como un tipo de seguro, y no esperasen lo gravosa que les iba a resultar hacer uso de la cancelación anticipada de la permuta, así como en realidad el no entender los riesgos de esta, ni por ello su verdadero funcionamiento, estructura, y consecuencias o al menos las posibilidades de tales consecuencias como las alegadas en relación al importe de las cancelaciones que la entidad en su día les dijo al informarse, cinco mil y al poco doce mil euros.

Por lo demás en este caso concreto, se observa que en el contrato de permuta suscrito por las partes y que consta en autos, existen en sus cláusulas algunas características dignas de mencionar, por ejemplo, en las cláusulas generales la calificación de la cancelación anticipada del producto por el cliente como productora de una penalización a repercutir sobre el mismo, pero en cambio, en las condiciones particulares funciona en beneficio o perjuicio del cliente al igual que una liquidación, si bien es muy importante el hecho de que no se explica en ninguna de las cláusulas la fórmula, ni se indica tampoco, con arreglo a qué cálculo se va a realizar la

cancelación anticipada, cosa que en cambio con las liquidaciones si se hace con una mayor claridad. Resultado de todo lo anterior, ha quedado acreditado, que desde el momento en el que se propuso a los actores la contratación de la permuta financiera de tipos de interés, hasta el momento de la firma de la misma, se produjo una total falta de información sobre el producto, y se suscribió bajo tales circunstancias con la intervención de dos empleados de la entidad que no eran los encargados de su comercialización y no tenían conocimientos por aquél entonces para intervenir en su contratación, todo ello claro está, con infracción de toda la normativa que regía su colocación a los clientes, que impone una información más rigurosa, e impone un procedimiento de contratación más riguroso que el que se llevó a cabo en el caso de Autos.

En tal sentido, la colocación de este tipo de productos financieros está sometido a una rigurosa normativa presidida por el "principio de defensa de la absoluta prioridad de los intereses de los inversores sobre los de las entidades que operan en el ámbito bursátil y relacionado con el mercado de valores, y a velar por la transparencia del mercado.", según se expone expresamente en el número 14 de la Exposición de Motivos de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ley esta, que según su propia Exposición de Motivos dice, se inspira en las Recomendaciones y propuestas de Directivas de la por aquél entonces Comunidad Económica Europea, realizadas para conseguir ese objetivo de protección entre otros, pero dando absoluta prioridad a dicho principio. Dicho principio regulador se plasma en artículos concretos de la Ley mencionada dentro de su Título séptimo, así el artículo 78 que impone las normas de conducta que han de observar quienes presten servicios de inversión, el artículo 78 bis que impone una adecuada clasificación de los clientes de los productos de la naturaleza de la permuta, clasificación que ha de efectuarse "sobre la base de una adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y que se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprender sus riesgos", estableciendo obligatorios parámetros de comprobación. Se plasma también el principio citado en el artículo 79 de dicha Ley dedicado a las obligaciones de diligencia y transparencia. También en el artículo 79 bis, sobre las obligaciones de información al cliente que en todo caso incluirán orientaciones y advertencias apropiadas a los riesgos asociados a estos instrumentos, y de asegurar que en todo momento de disponer de toda la información necesaria para sus clientes de acuerdo con las obligaciones de diligencia citadas, y otros preceptos de la norma que no se citan para no ser extenso. En el mismo sentido el Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, aplicable por fecha al supuesto de autos. En el mismo sentido también el Real Decreto Ley 2/2.003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica. En el mismo sentido en relación a las cláusulas de los contratos, y por la fecha de suscripción entre las partes, la Ley 7/1.998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación que supuso la trasposición de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE. También el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto



Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre, al que se remite la sin embargo más específica en su aplicación al caso Ley 7/1.995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Por último, por la fecha del contrato no resulta aplicable el Real Decreto 217/2.008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, sin embargo sus principios reforzados en beneficio del cliente de productos como el de autos, si resultan aplicables por el efecto horizontal de la Directiva 2.006/73/CE.

Por último, la diligencia prestada por los actores en la formación de su voluntad para la contratación de la permuta, es decir su preocupación y diligencia a la hora de contratar la permuta, basada en la relación con el director de sucursal de la entidad demandada, en la que concurría una cierta amistad, un trato frecuente, y con el empleado de la entidad que ocupaba el puesto de Director, y sobre la base del ofrecimiento por este a aquéllos del producto financiero, y sobre la base también de la existencia de un préstamo hipotecario suscrito, resultaron en el momento de la perfección del contrato de permuta, normal según los parámetros exigidos al hombre medio, y aún más, los exigidos a un cliente sin experiencia en tal tipo de productos, especialmente este tipo de productos que son de alto riesgo como la normativa aplicable los califica. Por el contrario, la diligencia prestada por el Director de la sucursal de la entidad demandada en su participación en la comercialización de la permuta, y de los empleados de la misma al intervenir en la efectiva contratación del producto, y en definitiva por tanto, la diligencia de la entidad en el cumplimiento de sus obligaciones, diligencia cualificada según impone la normativa citada y que se deriva de los riesgos que supone la contratación del producto, en la selección de los clientes, en su evaluación, en su clasificación, en la información, y en el procedimiento de comercialización y contratación del producto, y en la redacción de las cláusulas del contrato de permuta, no fue la debida ni exigida legalmente, y ello resulta así pese a las declaraciones del director de la sucursal sobre la experiencia de los actores, y sus anteriores operaciones contratadas con la entidad, declaraciones estas que han consistido en realidad en descargar las obligaciones de información sobre los actores clientes, cuando la normativa aplicable en función de la naturaleza, complejidad, y riesgos derivados de la contratación de la permuta, se las impone muy al contrario y claramente a la entidad demandada.

Se aprecia por tanto la existencia de un error esencial y excusable en los actores en la contratación de la permuta, calificable como vicio del consentimiento según resulta de lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil, y por ello se estima en su integridad la demanda, procediéndose a declarar la nulidad y falta de validez del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrita entra las partes, y acordando por tanto la restitución recíproca de las prestaciones derivadas de la permuta suscrita, tal y como se pretende en la demanda, y como se dispone en el artículo 1.303 del Código Civil.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas han de ser impuestas a la

parte demandada, al haber sido rechazadas todas sus pretensiones.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por Dña. [REDACTED], y D. [REDACTED], frente a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad, y la falta de validez, del contrato de permuta financiera de tipos de interés IRS, suscrito entre las partes con fecha 27 de marzo de 2.007, y en consecuencia **SE CONDENA A LAS PARTES A RESTITUIRSE RECIPROCAMENTE LAS PRESTACIONES REALIZADAS COMO CONSECUENCIA DEL CONTRATO QUE SE DECLARA NULO, JUNTO CON LOS INTERESES CORRESPONDIENTES.** En consecuencia, la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., deberá restituir a Dña. [REDACTED], y a D. [REDACTED], LA CANTIDAD DE TRES MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN EUROS, CON TREINTA Y NUEVA CENTIMOS DE EURO (3.561,39 €), ASI COMO CUALQUIER OTRA CANTIDAD QUE DESDE LA FECHA DEL CONTRATO DE PERMUTA SE HAYA PODIDO CARGAR A AQUELLOS, JUNTO CON LOS INTERESES LEGALES DEVENGADOS DESDE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA. Al mismo tiempo, Dña. [REDACTED], y D. [REDACTED], deberán restituir a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., cualquier cantidad que hayan ingresado en su cuenta especial como consecuencia del contrato de permuta que se declara nulo, junto con los intereses legales correspondientes:

SE CONDENA A LA ENTIDAD DEMANDADA BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., AL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, incluyéndose la original en el Libro de Sentencias.

Notifíquese esta resolución a las partes.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta sentencia cabe recurso de apelación dentro de los cinco días siguientes a su notificación, que se interpondrá ante este órgano judicial.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente