



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE
ANDÚJAR (JAÉN)**

PROCEDIMIENTO: Juicio ordinario 604/2010

NOT. 2. 9.11
Ldo. Sr. Ferrán Castro

SENTENCIA Nº 108

En Andújar, a 15 de julio de 2011

Vistos por mí, Doña Lucía de la Fuente Seoane, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de Andújar, los autos correspondientes al juicio ordinario 604/2010, en los que ha sido partes demandantes Don JOSÉ representado por el procurador Sr. Figueras Resino y defendido por el letrado Sr. Ferrán Castro, y parte demandada "BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A." bajo la representación procesal del procuradora Sr. López Nieto y la defensa técnica de la Sra. Maortua Sánchez, de ellos se infieren lo siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador Sr. Figueras Resino, en nombre y representación de Don José , presentó el 16 de junio de 2010 demanda de juicio ordinario y la documentación que la acompaña, que, tras ser turnada a este juzgado, dio origen al juicio ordinario registrado con el número 604/2010. En el suplico de dicha demanda se solicitaba que se dictase sentencia por la que se declare la nulidad del contrato de 13 de junio de 2007 permuta financiera suscrita entre las partes; y, como consecuencia de dicha nulidad, se reintegren la situación personal de ambos contratantes al día de su otorgamiento, debiendo de devolverse ambos las cantidades que hubiesen percibido con sus intereses; asimismo en todo caso, con expresa condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- El procurador Sr. López Nieto, en nombre y representación del Banco Popular Español, presentó el 20 de enero de 2011 escrito por el que presentaba contestación, oponiéndose a la demanda, y solicitando que se dictase sentencia por la que se desestimen íntegramente los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, absolviendo a la parte demandada, con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- La audiencia previa tuvo lugar el 21 de febrero de 2011. Abierto el acto, los letrados de las dos partes se afirman y ratifican en sus escritos de demanda y de contestación a la demanda respectivamente, y manifiestan la imposibilidad de llegar a un acuerdo. En la contestación no se plantearon excepciones de tipo procesal que



debieran ser resueltas en la audiencia previa. Las partes no impugnan la autenticidad formal de los documentos presentados por la contraria. Se fijan los hechos controvertidos, y las partes proponen los medios de prueba que consideran oportunos, admitiéndose aquéllos que resultan pertinentes y útiles a los efectos del proceso.

CUARTO.- El juicio oral tiene lugar el 4 de julio de 2011, en la que se practican los siguientes medios de prueba: el interrogatorio del representante legal del Banco de Andalucía don José Luis Álvarez Mérida, y del demandante Don José ; y las testificales de Doña Antonia y Don Francisco

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

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Don José suscribió con el Banco de Andalucía un contrato de préstamo hipotecario de fecha 16 de septiembre de 2003, por un importe de 168.000 euros, con un tipo de interés variable. La hipoteca gravaba los siguientes inmuebles: 1) piso segundo A de la casa número seis de la calle de Andújar- finca registral nº inscrita al folio de Andújar; 2) piso de la misma casa- finca registral 3) local comercial situado en la planta baja de la casa y 4) marcada con el número uno de la calle

El 11 de mayo de 2007, Don José y el Banco de Andalucía otorgó nueva escritura pública de novación del préstamo hipotecario, ampliando el capital hasta la cantidad máxima de 181.223,60 euros, ampliando el plazo de amortización y modificando el tipo de interés que continuaba siendo variable.

SEGUNDO.- Antes del 13 de junio de 2007, Don José recibió llamada telefónica del director de la sucursal del Banco de Andalucía de Andújar, Don José Luis Álvarez Mérida, el cual le dijo que tenía un regalo de boda y que se tenía que acercar a la sucursal para firmar un contrato que le presentaron como un seguro de la hipoteca. Don José se presentó en la sucursal el 13 de junio de 2007 y firmó ese día un contrato de permuta financiera de tipos de interés ("IRS") que le presentó un empleado, ignorando que el alcance real del mismo, y las consecuencias que en su contra tendría el contrato, si el tipo de interés fijo fuera más elevado que el variable.

TERCERO.- El 20 de febrero de 2009, Don Santiago Juan Nieto Alonso y Doña Carmen Jesús Lucas Amieiro, interviniendo mancomunadamente en nombre y representación de "Banco de Andalucía, S.A." cancelaron la hipoteca que había suscrito con dicha entidad bancaria Don José



CUARTO.- En junio de 2009, Don José [redacted] recibió liquidación del contrato de permuta financiera en la que se arrojaba un saldo a su favor de 304. Ante ello se personó en el banco a pedir explicaciones, siendo atendido por el interventor Don Francisco Javier Trigo Díaz, quien le dijo que la primera vez que reclamaba un cliente por recibir dinero y que no se preocupase, sin darle información acerca del producto financiero contratado.

QUINTO.- En junio de 2010, Don José [redacted] recibió nueva liquidación del mentado contrato de permuta financiera en la que se arrojaba un saldo negativo de 5.008,24 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora pretende a través de su demanda que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha el 13 de junio de 2007 concertado con el Banco de Andalucía. Dicha pretensión se fundamenta jurídicamente en el ejercicio de, por una parte, la acción de nulidad por vicios del consentimiento consistentes en el error del demandante al suscribir el contrato, por ser informado de forma equívoca por parte del director de la sucursal de las consecuencias que conllevaba el contrato (artículo 1266 del Código Civil), y/o en dolo, por haber informado de forma maliciosa e insuficiente el director de la sucursal al demandante, amparándose en la relación de confianza que mantenía con éste (artículo 1269 y 1270 del Código Civil). La demanda relata como hechos constitutivos de su pretensión, que Don José [redacted] tenía concertado contrato de préstamo hipotecario con el Banco de Andalucía, y recibió llamada telefónica del director de la sucursal de Andújar, el cual le ofreció telefónicamente un contrato como una oportunidad única y gratuita, que era como un seguro y del que sólo obtendría beneficios. Ante dicha oportunidad, el demandante firmó el contrato, sin recibir más información. En junio de 2009 recibió liquidación positiva de 304 euros, y acudió al banco a pedir explicaciones, ante lo cual le dijeron que era un dinero regalado y que no hiciera reclamación, sin informarle del concepto por el que se produjo el ingreso. En junio de 2010 recibe nueva liquidación conforme a la cual le correspondía pagar la cantidad de 5.008,24 euros. Además alega que el contrato de permuta financiera, de cuyas consecuencias no fue informado debidamente, estaba vinculado a una hipoteca que fue cancelada el 20 de febrero de 2009.

La entidad bancaria demandada se opone a la demanda en resumen: 1) negando que el contrato de permuta financiera sea un producto financiero de carácter especulativo, pues al ir asociado a un préstamo a interés variable cumple una función de cobertura frente a la fluctuación del interés variable. Además alega que la oferta de dicho tipo de contratos por parte de las entidades bancarias a los clientes que tenían concertados préstamos a tipo de interés variable era una obligación impuesta por el legislador; 2) que en el momento de firmar el contrato no se preveía la caída del EURIBOR; 3) que el demandante no podía desconocer las obligaciones que asumía con la contratación por ser un empresario que ha dirigido dos negocios; 4) que el contrato era suficientemente claro y no pueden considerarse oscuras sus cláusulas; y 5) que el



Sr. Lacoba no reclamó cuando la liquidación derivada del contrato de préstamo de permuta financiera arrojó un resultado a su favor.

Los hechos controvertidos que quedaron fijados en la audiencia previa se cifian a si el demandante incurrió en un error al presentar su consentimiento al contrato, o si medió dolo por haber mediado engaño por parte del director de la sucursal, relacionando ambos supuestos con la falta de información respecto a las consecuencias del contrato si variaban los tipos de interés. En la presente resolución se analizará, en primer lugar, si se debe considerar que el demandante prestó su consentimiento por error, al no habersele proporcionado información suficiente del producto contratado, pues si así se estimase, sería innecesario entrar a valorar si concurrió dolo o engaño en la contratación. Y para ello se partirá de la doctrina legal sobre error como vicio del consentimiento, de las características del contrato, del deber de información que recae en la entidad bancaria y en las circunstancias de la contratación.

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

El artículo 1266 del Código Civil (CC en adelante) dispone que "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Hay que partir de los requisitos exigidos por la doctrina legal para que el error en que incurriese el contratante pueda determinar la nulidad del contrato. El consentimiento es un requisito esencial del contrato cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (*Sentencia T.S. 20 de abril de 2001*). El artículo 1261 del Código Civil sanciona con la nulidad del contrato los vicios del consentimiento como el error, pero para que el error invalide el consentimiento, según el artículo 1266 del mismo cuerpo legal, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración. Es doctrina legal recogida en la *STS 10/4/99 de 6 de febrero, de 18 de abril de 1978*, que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (*sentencias de 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964, de 1 julio 1915 y 26 diciembre*), que no sea imputable a quien lo padece (*sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957*) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (*sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963*). Además, para que el error del consentimiento invalide el contrato, además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el artículo 7 del Código Civil. Es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (*sentencia 4 enero 1982, de 18 febrero 1994*). Y por último, la *sentencia de 30 mayo 1991* establece que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (*Sentencias de 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968, antecedidas y seguidas por otras en el mismo sentido*), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él.



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

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

Las operaciones de permuta financiera o swaps han sido definidas como contratos en los que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios, expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables, durante un cierto período de tiempo. Dentro de estas estructuras podemos distinguir entre swaps de tipos de interés, de divisas, de commodities o materias primas y de acciones. Las más utilizadas son los de tipos de interés. Un swap de tipos de interés, o swap de intereses, es un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. En el caso más habitual una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo o bien variable, pero referenciado, en este supuesto, a otra base distinta. Dicho de otro modo, y reproduciendo la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Salamanca de 30 de marzo de 2011 (ROJ: SJPI/10/2011) "en el swap de tipo de interés estamos, en realidad, ante un "juego financiero", basado en la incertidumbre y aleatoriedad, en los que los contratantes apuestan a un pago-cobro de intereses, según evolucione el tipo básico de referencia. Convenido el tipo fijo para el cliente, la entidad financiera se reserva el tipo variable indexado al euribor, de forma que si el interés variable supera el fijo, la liquidación presentará un saldo a favor del cliente, mientras que será éste quien pague al banco si el tipo de referencia desciende por debajo del tipo final".

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





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

norma reproducida del Real Decreto Ley, a excepción de que la nueva ley elimina toda referencia al coste de estos instrumentos financieros que sí recogía el Real Decreto.

La tendencia legislativa desde el año 2003 ha sido la de exigir un mayor grado de información y documentación de la operación por parte de las entidades que ofertan este tipo de contratos financieros a su clientes, sobre todo cuando estos se trata de minoristas. Así el artículo 78 bis y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, que introdujo la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la Ley 24/1988, distinguiendo el primero entre clientes profesionales y clientes minoristas de las empresas de servicios de inversión, y exigiendo el segundo que éstas soliciten información a los clientes de sus conocimientos y experiencia respecto al producto contratado, para que adviertan de los riesgos que asumen con la contratación. Sin embargo, tal previsión normativa no es aplicable al supuesto de autos, pues el contrato de permuta financiera es de fecha anterior a la entrada en vigor de la mencionada reforma legislativa.

En este sentido, conviene precisar que no comparte la apreciación de la entidad demandada: no estamos ante un producto con función de cobertura de un préstamo hipotecario cuya oferta al cliente imponga el legislador. No hay obligación legal en tal sentido. Se trata de un producto financiero de carácter aleatorio y que puede resultar perjudicial para el cliente y altamente beneficioso para la entidad. Sólo así se explica la exigencia legal de información exhaustiva para este tipo de contratos. Y si se trata de un contrato vinculado al préstamo hipotecario, cuya única función fuera de garantía o cobertura del riesgo respecto a la subida del tipo de interés variable no se explicaría que el contrato de permuta financiera perviviese después de extinguido el contrato de préstamo hipotecario, como ocurre en el presente caso, en el que la hipoteca fue cancelada el 20 de febrero de 2009 (documento nº 3 de la demanda). La pervivencia del contrato de "swap", a pesar de la cancelación de la hipoteca, corrobora la calificación del contrato de permuta financiera de tipos de interés como un producto financiero de carácter especulativo, sin que la relación que guarda con la hipoteca vaya más allá de que el capital garantizado por ésta se recoja como importe nominal del contrato de permuta financiera.

CUARTO.- Expuesto lo anterior, resta por analizar si el demandante incurrió en error a la hora de contratar la permuta financiera, atendida las características del contrato y la información que se le proporcionó por la entidad bancaria demandada.

Del anterior fundamento jurídico resulta que el contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) número 00004-03069-263-0000141 que se aporta como documento nº 1 de la demanda pertenece al tipo de instrumentos financieros denominados "swaps" de tipo de interés, y que se formalizó entre el Banco de Andalucía y un particular no profesional. Pues bien, los contratos "swap" o de permuta financiera sobre tipos de interés son productos financieros de difícil comprensión, en la que se efectúan cálculos y liquidaciones con determinados índices que escapan a quien no está familiarizado o no se dedica de forma profesional a este tipo de operaciones. El hecho de que no supongan coste alguno en apariencia para el cliente, esto es, que el cliente no tenga que hacer ningún desembolso inicial de dinero en el momento de la contratación, puede incrementar la confusión de éste, puesto que el capital de referencia es nominal a los meros efectos liquidativos. Además, las entidades bancarias suelen





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

presentar al cliente este tipo de productos financieros bajo la forma de contratos de adhesión, como en el caso presente, lo que no ayuda precisamente a que el cliente minorista tenga conocimiento real de los términos del contrato y los riesgos que asume con la contratación.

Como se ha dejado expuesto, la tendencia legislativa se dirige a exigir de las entidades que ofrecen este tipo de productos financieros una labor de especial información al cliente (sobre todo, al no profesional o minorista), respecto a los riesgos financieros que asume y que se condicionan a la evolución de los tipos de interés, ello especialmente a partir del 21 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor de los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, reformada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que impone especiales exigencias de información y formalización del contrato "swap" a favor de los clientes minoristas. Si bien es cierto que a la fecha del contrato, el 13 de junio de 2007, no estaban en vigor los citados preceptos, también lo es que eso no supone que los clientes no profesionales se vieran desprotegidos desde el punto de vista legal respecto a la ausencia o insuficiente información ofrecida por las entidades bancarias. De la anterior regulación y normas complementarias se deriva un deber legal de información por parte de las financieras que ofrecían este tipo de productos. En este sentido, es interesante reproducir parte de la sentencia a la que hace alusión la fundamentación jurídica de la demanda de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén, de 27 de marzo de 2009, en su rollo de apelación nº 311/2008, que estimó la nulidad de un contrato de permuta financiera similar al que nos ocupa del año 2004, esto es, anterior a la entrada en vigor de los artículos citados de la LMV. En su fundamento jurídico cuarto indica la referida sentencia que "Como puede observarse, a la vista de los documentos referidos, se trata de un contrato tipo, que como tal ha de ajustarse por la fecha de su redacción al Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El artículo 14.2 de la referida norma dispone que los contratos tipo deberán de contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustados en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. Pues bien, en primer término, y según lo preceptuado en el artículo 15.1 del mismo texto legal, resulta obligatoria la entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, porque precisamente lo suscrito fue un contrato tipo (...) En este sentido, el artículo 5.3 del Real Decreto que comentamos dispone que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrate. Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E., en su artículo 31, 2006/73, el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 629/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista



o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas. Es de mencionar de igual modo el Real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril sobre medidas de reforma económica. En su artículo 19 dedicado a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios. El párrafo 1º del precepto dispone que las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. Asimismo el párrafo segundo establece que las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Además, las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativos a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictados al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito”.

Así las cosas, resta por determinar si la información suministrada al cliente por el Banco de Andalucía respecto al tipo de contrato y riesgos financieros colma las exigencias legales en vigor a la fecha del contrato, y si éstas resulta insuficiente y condujeron a un error en la prestación del consentimiento del demandante. Es cierto que el contrato aportado como documento nº 1 de la demanda contiene en sus condiciones particulares una cláusula tercera referida a la información al cliente sobre “la negociación de derivados”, estableciéndose de forma literal que “se informa al cliente de que la contratación de derivados conlleva una serie de riesgos de tipo financiero inherentes a la misma, sirviendo la firma del Cliente al dorso de este documento como confirmación de que comprende los riesgos existentes y acepta que los mismos le son de aplicación conforme a la práctica habitual de los mercados financieros. En el caso de las operaciones IRS objeto del presente contrato, se especifica que el riesgo consiste en que en conforme a la evolución que experimente el Tipo de Interés Variable durante la vigencia de la operación, el CLIENTE puede tener que pagar una cantidad correspondiente a la liquidación a Tipo Fijo superior a la que corresponda cobrar por la liquidación del Tipo de Interés Variable sobre el Importe Nocial. Asimismo, en los supuestos de cancelación anticipada, el CLIENTE pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera”.

La pregunta que cabe hacerse es si dicha información es suficiente teniendo en cuenta las características y nivel educativo del actor. Respecto a dicho extremo sostiene la entidad demandada que el Sr. “ha dirigido un negocio de carnicería (...)Este negocio opera en el tráfico mercantil, negociando con proveedores y clientes, comprando y vendiendo mercancías y fincas y contratando con Entidades bancarias créditos, hipotecas y otros productos”. Considera la parte demandada que con este perfil el demandante sabía lo que estaba contratando. Sin embargo, el demandante Don José Lacoba Bravo explica en su interrogatorio que cuando firmó el contrato vio unas letras pequeñas que no entendió, y que lo hizo porque el director de la sucursal lo llamó por teléfono y le dijo que le iba a hacer un regalo de boda, y que fue al banco, salió un empleado y firmó el contrato que se le presentó. Continúa explicando que el pensó que se trataba de la hipoteca cuando firmó el contrato. Pero la prueba más contundente para acreditar la ignorancia y desconocimiento del actor respecto al producto financiero contratado, es que cuando recibe la primera liquidación positiva (cobró 304 euros en



junio del 2009) se dirige al banco para pedir explicaciones, y tal y como manifestó en la vista en el banco le dijeron que era la primera vez que iba una persona a preguntar por un dinero que cobraba. Este extremo es expresamente corroborado por el empleado, Don Francisco Javier Trigo Díaz, indica que sí acudió el demandante a preguntar por la primera liquidación positiva y que le sorprendió y se lo dijo. Por tanto, la firma del contrato obedeció a la relación de confianza que ligaba al demandante con el director de la sucursal, pues según manifestó, confiaba en lo que le había dicho éste.

Del interrogatorio también resulta la falta de información del producto contratado por parte de la entidad. El demandante indica que el director no le informó de las consecuencias que llevaba aparejadas el contrato y que cuando firmó el contrato, el empleado del banco le dijo que no le comprometía.

Por otra parte, se trata de un error esencial, que recae en el objeto mismo del contrato, pues según indicó el actor desconocía que si bajaban los tipos de interés tendría que pagar al banco el resultado de la liquidación, y que si lo supiera no hubiera firmado el contrato, lo que acredita que el error afecta directamente al nexo causal entre consentimiento y finalidad del contrato.

A esto hay que unir que el propio testigo Don Francisco Javier Trigo Díaz, interventor de la sucursal en el año 2007, indicó que el banco intentaba colocar todos los productos posibles. Y quien comparece como representante legal del Banco de Andalucía, director de la sucursal en el 2007, manifiesta que no sabe si fue él quien ofreció el contrato IRS al demandante, pero hablando de los contratos de este tipo que formalizó indicó que explicaban "lo fundamental" del contrato. Esto supone que por parte del banco tampoco se ha acreditado que quien ofreció el producto financiero al demandante explicó debidamente las consecuencias negativas que podría acarrearle y que tipo de información le proporcionó, pues éste no recuerda si tuvo intervención en la contratación.

En este sentido, la actora ha desplegado prueba que acredita cuál era el modo de proceder del Banco de Andalucía, en su sucursal de Andújar, para la captación de clientes de este tipo de productos financieros. La testigo Doña Antonia quien indicó a preguntas generales que estaba interesada en el resultado del pleito por ser vicepresidenta del grupo de afectados, expuso que en su caso el Banco de Andalucía también procedió de un modo similar al denunciado por el demandante, a saber, la llamaron personalmente para protegerla contra la subida de intereses, le dijeron que era un "seguro" y que no le informaron de las consecuencias que en su contra tendría el contrato si bajaban los tipos de interés. Además como vicepresidenta del grupo de afectados manifiesta que a todos éstos les ofrecieron el contrato como un "seguro".

Así las cosas, falta por determinar si se puede considerar que el error fue excusable empleando una diligencia media por el demandante, tal y como afirma la entidad demandada, quien considera que los términos del contrato son claros y no inducen a confusión. Sin embargo, basta la mera lectura del contrato para concluir que el lenguaje financiero empleado en el mismo no resulta accesible para las personas no profesionales. Es decir, a la ausencia de información hay que unir la oscuridad y falta de claridad de las cláusulas del contrato lo que, sin duda, contribuyó a que el consentimiento del demandante se viera viciado por el error, al desconocer el alcance del contrato y los riesgos inherentes al mismo. Basta observar la condición general segunda referida al cálculo, en la que se contiene una fórmula ($CR=CF-CV$) y unas explicaciones que escapan, en mucho, a la comprensión de quien no se dedica a este tipo de operaciones financieras. En el mismo sentido, las definiciones que comprende la



condición general primera. En este sentido, se comparte lo argumentado en el fundamento jurídico tercero de la referida SAP de Jaén de 27 de marzo de 2009: "A mayor abundamiento de lo que antecede no puede olvidarse la protección que ofrece al consumidor la *Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 de 19 de julio*, vigente al tiempo de firmarse los contratos que nos ocupan. En particular el *artículo 10* de la norma en cuestión fija las condiciones que han de cumplir las cláusulas no negociadas individualmente: a) claridad, concreción y sencillez en la redacción sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que en todo caso deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) entrega al interesado del recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación; c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Y sobre todo que en caso de duda sobre el sentido de la cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. En el mismo sentido se pronuncia el vigente *Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre en su artículo 80*.

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

A mayor abundamiento cabe indicar que la condición general tercera impone una fase previa a la contratación de especial información al cliente: "El comprador (cliente) habrá solicitado al vendedor (banco), en el modelo correspondiente, la celebración de una operación IRS, señalando el/los importe/s notional/es, el plazo de duración, la existencia de una única liquidación o de varias liquidaciones, las fechas de inicio o vencimiento de cada periodo de liquidación, y el tipo de interés fijo y tipo de interés variable de referencia. El vendedor informará al comprador de su aceptación o no de la operación propuesta. En caso de contestación afirmativa le entregará este contrato debidamente cumplimentado (...)". Sin embargo, en este supuesto la fase previa y la contractual se concentran en un solo día, pues el 13 de junio de 2007 el demandante firma la solicitud (anexo) y el contrato de permuta financiera, sin que conste en autos documento del banco referido a la aceptación propuesta.

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

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

FALLO





Que, estimando la demanda presentada por el procurador Sr. Figueras Resino, en nombre y representación de Don JOSÉ , debo:

-declarar y declaro nulo el contrato celebrado entre dicha parte y el Banco de Andalucía el 13 de junio de 2007, de permuta financiera de tipos de interés ("IRS") con número 00004-03069-

-debo condenar y condeno a que ambas partes se reintegren en la situación personal al día de su otorgamiento, debiendo devolverse ambos las cantidades que hubieran percibido, con sus intereses.

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

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

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

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

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

NOTIFICACIÓN.- En ANDUJAR, a
Notifico, por lectura íntegra y entrega de copia , la resolución de fecha 15 de julio de 2011, al Procurador D./ña. FIGUERAS RESINO Y LOPEZ NIETO, que firma para constancia, Doy fe.

