

UPAD DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 1 DE TOLOSA

TOLOSAKO LEHEN AUZIALDIKO ETA INSTRUKZIOKO 1 ZK.KO ZULUP

SAN JUAN 3 - C.P./PK: 20400
TEL: 943-002601
FAX: 943-002606/14

NIG PV/ IZO EAE: 20,01.2-13/002203
NIG CGPJ/IZO BJKN:20,071.42,1-2013/0002203

Pro.ordinario / Proz.arrunta 354/2013

.....
^^ '-U I L V í! -----,
Q 2 jüvi. Züi'l

SENTENCIA N° 65/2014

JUEZ QUE LA DICTA: D/D* HELENA ANTONA SUENA

Lugar: TOLOSA (GIPUZKOA)

Fecha: veintiocho de mayo de dos mil catorce

PARTE DEMANDANTE:

Abogado: IGNACIO JOSÉ FERRER BONSONS MILLET

Procurador: FERNANDO CASTRO MOCOROA

PARTE DEMANDADA BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S.A.

Abogado: DANIEL SAEZ CASTRO

Procurador JOSÉ IGNACIO OTERMIN GARMENDIA

OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD RADICAL DE CONTRATO

Vistos por D^a. Helena Antona Suená, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 de los de Tolosa y su Partido Judicial, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO número 354/2013, con la intervención de las partes que constan en el encabezamiento, ha dictado la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito, D. Fernando Castro Mocoroa, Procurador de los Tribunales y de , presentó demanda de juicio ordinario, el día 24 de octubre de 2013,

frente a BANCO cooperativo español, S.A., y solicita: se declare la nulidad radical del contrato swap suscrito entre el actor y BANCO COOPERATIVO condenar a Banco Cooperativo Español, a estar y pasar por esa declaración ...

cantidad de 27.280,60 €, más las cantidades que siga abonando hasta el momento que se dicte sentencia.

Alternativa y subsidiariamente para el caso de no estimarse la anterior petición, que se declare que el contrato swap suscrito por el actor es nulo por vicios en el consentimiento y en consecuencia se CONDENE a Banco Cooperativo Español, a estar y pasar por esa declaración y abonar al actor la cantidad de 27.280,60 €, más las cantidades que siga abonando hasta el momento que se dicte sentencia.

Alternativa y subsidiariamente para el caso de no estimarse la anterior petición, que se declare RESUELTO el contrato swap suscrito por el actor consecuencia se CONDENE a Banco Cooperativo Español, a estar y pasar por esa declaración y abonar al actor la cantidad de 27.280,60 €, más las cantidades que siga abonando hasta el momento que se dicte sentencia.

Alternativa y subsidiariamente para el caso de no estimarse la anterior petición, que se declare que Banco Cooperativo Español no ha sido diligente en la venta y suscripción del swap suscrito por el actor y en consecuencia se CONDENE a Banco Cooperativo Español, a estar y pasar por esa declaración y abonar al actor la cantidad de 27.280,60 €, más las cantidades que siga abonando hasta el momento de dictar sentencia.

SEGUNDO.- Mediante Decreto de 26 de noviembre de 2013, se admitió a trámite la demanda y se concedió traslado a la parte demandada para contestar a la demanda en el plazo de 20 días: hecho que se produjo el 8 de enero de 2014, por el Procurador José Ignacio Oermin Garmendia, en nombre y representación de BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL, S.A., solicitando la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas de la parte actora.

TERCERO.- En fecha 13 de enero de 2014 se tiene por contestada a la demanda y se cita a las partes para la celebración de la Audiencia previa el 24 de marzo de 2014.

A la misma comparecieron las partes, tal y como consta en la grabación de la misma y tras la proposición y admisión de los medios de prueba útiles y pertinentes, interrogatorio de parte, testifical y documental, se citó a las partes para la celebración del juicio el día 8 de mayo de 2014.

CUARTO.- Al mismo comparecieron las partes, tal y como consta en el encabezamiento practicándose, el interrogatorio de parte y testifical; tras el trámite de alegaciones quedaron los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, dictándose la sentencia en plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante, interpone demanda de juicio ordinario frente a a BANCO cooperativo español, S.A., y solicita: se declare la nulidad radical del contrato swap suscrito entre el actor y BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL, y condenar a Banco Cooperativo Español, a estar y pasar por esa declaración y abonar al actor la cantidad de 27.280,60 €, más las cantidades que siga abonando hasta el momento que se dicte sentencia.

Alternativa y subsidiariamente para el caso de no estimarse la anterior petición, que se declare que el contrato swap suscrito por el actor es nulo por vicios en el consentimiento y en consecuencia se CONDENE a Banco Cooperativo Español, a estar y pasar por esa declaración y abonar al actor la cantidad de 27.280,60 €, más las cantidades que siga abonando hasta el momento que se dicte sentencia.

Alternativa y subsidiariamente para el caso de no estimarse la anterior petición, que se declare RESUELTO el contrato swap suscrito por el actor consecuencia se CONDENE a Banco Cooperativo Español, a estar y pasar por esa declaración y abonar al actor la cantidad de 27.280,60 €, más las cantidades que siga abonando hasta el momento que se dicte sentencia.

Alternativa y subsidiariamente para el caso de no estimarse la anterior petición, que se declare que Banco Cooperativo Español no ha sido diligente en la venta y suscripción del swap suscrito por el actor y en consecuencia se CONDENE a Banco Cooperativo Español, a estar y pasar por esa declaración y abonar al actor la cantidad de 27.280,60 €, más las cantidades que siga abonando hasta el momento de dictar sentencia.

La parte demandada, se opone, en primer lugar, por considerar que la acción de anulabilidad esgrimida por la actora ha caducado, en segundo lugar, por no existir error en el consentimiento, pues la información por parte del banco, fue correcta, motivada, y lo suficiente detallada, el actor tenía conocimientos suficientes para entender el alcance y la naturaleza de lo que firmaba, se le entregaron todos los documentos que conformaban el contrato con anterioridad a la firma del mismo, la permuta financiera cumplía con su deber de cobertura frente a las subidas de la inflación, y el actor conocía la existencia de los riesgos, y por tanto el Banco cumplió con todas las exigencias y obligaciones exigidas por Ley.

Respecto a la excepción procesal de prescripción de la acción de anulabilidad, hay que decir que el plazo de inicio del cómputo del plazo a tenor de lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil, no se produce hasta que se han cumplido las prestaciones de ambas partes, y en este caso se trata de un contrato de tracto sucesivo vigente en el momento actual, por lo que parece cificil

prescribir una acción de un contrato que aún está vigente, debiendo por tanto desestimar la petición.

SEGUNDO.- La jurisprudencia ha definido los contratos denominados "de permuta financiera", "de intercambio de tipos" o "de intercambio de cuotas" (swap) son modalidades negociales desprovistas de regulación normativa, esto es, atípicas, de productos conocidos como "derivados financieros", es decir, de aquellos en los cuales la determinación de su valor real depende a su vez de otros activos denominados "activos subyacentes". Su origen se encuentra en una convención mediante la cual dos partes, una entidad de crédito y un cliente (empresa o particular) consienten en un intercambiarse flujos de pagos dentro de un período de tiempo prefijado, mediante la aplicación de unos coeficientes dispares sobre el valor del activo subyacente en un momento determinado y con la finalidad de producir un favorecimiento mutuo. El "Swap de tipos de interés" (Interest Rate Swap , IRS) es un producto financiero mediante el cual dos partes acuerdan intercambiarse los flujos de pagos que resulten de aplicar a un capital determinado, comúnmente denominado "nocial", unos tipos de interés determinados, normalmente fijo para el cliente en tanto que es variable para la entidad financiera, por referencia a un sistema conocido. La finalidad es la de mejorar la financiación de otras operaciones de modo que una oscilación si alza de los tipos de interés por encima del convenido en los préstamos de que sea titular el cliente se compense con lo que perciba de la otra parte en aplicación del swap, y viceversa, en el supuesto de descenso del tipo de referencia, se compense con los pagos a la entidad financiera, de forma que el coste de la financiación sea equilibrado. Así, como quiera que la operación se presenta de ordinario como una suerte de "garantía" para el cliente frente a las fluctuaciones de los tipos de interés variable que rigen los créditos que la propia entidad oferente le ha concedido con precedencia, que su crédito hipotecario pueda experimentar, por algunos se identifica de un modo un tanto acrítico con una especie de "seguro" que les protegía de una hipotética subida de tipos de interés.

Se trata en definitiva de que cuando el Euribor esté por debajo del tipo fijo que debe el cliente al Banco, éste debe abonarle la diferencia entre esos dos valores, en cambio el cliente recibe un pago a su favor cuando el Euribor, está por encima del tipo fijo. Las liquidaciones a practicar entre ambas partes se efectúan por la diferencia de dos reglas de interés simple: 1) Capital x tipo de interés fijo x plazo; y 2) Capital x tipo de interés variable x plazo; o lo que es lo mismo Capital x (diferencia entre tipo de interés fijo y tipo de interés variable pactados) x plazo, adeudándose o abonándose las cantidades resultantes de la aplicación de la permuta.

Así mismo numerosas sentencias han de terminado que: "en atención a la naturaleza especial de este contrato, riesgos que comporta y difícil comprensión de alguna de sus cláusulas, la perfección del mismo está sujeta a un específico deber de información por parte de la entidad financiera que abarca no solo el contenido del mismo contrato sino la idoneidad del cliente para suscribirlo. Así la *Ley 26/1988 de 29 de Julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito* sienta en su art. 48 las bases que han de presidir las relaciones entre entidades de www.ferrer-bonsoms.com
Ferrer-Bonsoms, Abogados
Madrid Sevilla Pamplona



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

crédito y clientela, con el fin de lograr una eficaz protección de esta, estableciendo la necesidad de que ios contratos se formalicen por escrito, debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por los contratantes v sus derechos.

La S.T.S. de 4 de noviembre de 2.005 exige un plus de información y diligencia a la entidad financiera que comercializa productos financieros precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente, sea consumidor o no. La Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre que incorporó la Directiva 2004/39 (normativa MIFID) impone a las entidades crediticias que ofrecen un producto como el aquí contratado un específico deber de información respecto a cuantas circunstancias conozcan v sean relevantes para la adopción por los clientes de decisiones de inversión, debiendo ser clara, correcta, precisa, suficiente v entregada con antelación suficiente a fin de que su conocimiento sea eficaz y no conduzca a incorrectas interpretaciones. Distingue entre clientes profesionales y minoristas, y el art. 79 bis regula los deberes de información frente al cliente no profesional que se acentúan en los riesgos potenciales y los específicos financiero ofertado, a fin de que aquel pueda tomar las decisiones que estime pertinentes sobre las inversiones o contratos financieros con conocimiento de causa. De ahí la importancia de los test de evaluación de conveniencia. Al respecto el art. 79 bis de la citada Ley dice: "Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicios ofrecido o solicitado con la facultad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente" y el art. 79 quitar recalca "Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya está sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o estándares europeos comunes ahora entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de los riesgos de los clientes o los requisitos de información ". A su vez el RD 217/2008 de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, dispone en su art. 73. Evaluación de la conveniencia. A los efectos de lo dispuesto en al art. 79 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio las entidades que presten servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene conocimientos v experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen experiencia y conocimiento necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que este clasificado como cliente profesional". Y en el art. 74.2. Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia: /. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que

resulten adecuados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los Héseos inherentes. Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente. La naturaleza el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos

financieros y el periodo durante el que se hayan realizado. 3 Asimismo las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma esta manifiestamente desfasada, o bien es inexacta e incompleta".

Es cierto que el incumplimiento de esta normativa administrativa no produce por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado, pero si tiene sustancial trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia es plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asume y, en definitiva, si pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, en otros términos, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado".

El legislador, pues, es claro que pretendió proteger a los clientes de productos bancarios de subidas de tipos de interés que en el futuro pudieran sufrir sus préstamos e hipotecas. Ahora bien, se trataba de una simple estimación de futuro por cuanto no estaba nada claro que el Euribor evolucionase al alza. La evolución de este indicador ha venido a evidenciar precisamente lo contrario. En efecto, a primeros de 2008, el indicador estaba en 4'498, y a finales de dicho año había bajado al 3'452, y después en enero de 2009, al 2'627 y en septiembre de 2010, en 1'42. De tal manera que estos contratos, que inicialmente pretendían proteger de riesgos a los clientes bancarios frente a la subida de tipos de interés, se han convertido, en realidad, en interesantes productos para que las entidades de crédito puedan seguir manteniendo sus márgenes comerciales con cargo a sus clientes y todo ello, en tiempos de reducción de los tipos de interés, saliendo, pues, así a la luz, la vertiente especulativa que tales contratos puedan llegar a tener. Es cierto, no obstante, que las autoridades monetarias europeas han mantenido contradictorias versiones en relación a las causas y soluciones a la grave crisis económica que padecemos y a la evolución de los intereses, pero no lo es menos -y ello es notorio- que la previsión a la baja de los tipos de interés era una posibilidad que se barajaba desde finales de 2008, pues es notorio también, que las entidades financieras conocen con antelación la evolución del sector.

A la luz de la doctrina expuesta, la cuestión, una vez más, se centra en resolver si el contrato es nulo, aunque la calificación correcta es la de anulable por error en el consentimiento, al haber faltado la demandada a su deber de información, induciendo al actor a suscribir el contrato swap.

TERCERO.- El art. 1.261 del Código Civil dispone que *"No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1 Consentimiento de los Contratantes. 2 Objeto cierto que sea materia del contrato. 3 Causa de la obligación que se establezca"*; el art. 1.262 del mismo Código que *"será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"*, y el art. 1.266 que *"para que el error invalide el consentimiento debe 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".

La jurisprudencia y la doctrina han venido sosteniendo que el error consiste en una

representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. Se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre,"(...) es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, (...), y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe(...)".

El negocio de los Bancos reside precisamente en prestar dinero a un interés mayor del que paga, pero lo que no puede sostenerse es que el silencio y aceptación de las dos primeras liquidaciones practicadas, que resultaron favorables para las actoras, comporte un acto propio de aceptación del negocio cuando, como antes exponíamos, no consta acreditado que el Banco suministrara a las demandantes otra información que la firma de los citados documentos. Si es doctrina reiterada la de que no es lícito ir contra los propios actos, por exigencias derivadas de la buena fe que impone un deber de confianza en el tráfico que impide defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás (*SS.T.S. 28 enero y 9 mayo 2.000 y 9 abril 07* entre otras muchas), y la buena fe y la confianza resultan defraudadas por la otra parte, no puede exigirse a la contraria un comportamiento ajustado a anteriores actuaciones.

CUARTO.- En algunos supuestos la cuestión litigiosa se presenta con un carácter general que meramente se vería determinado por la complejidad del producto contratado y al propia literalidad de los contratos litigiosos que vendría imponiendo a las entidades financieras el cumplimiento de unas específicas obligaciones de información y una mayor diligencia en ellas, determinando su incumplimiento la susceptibilidad en el cliente de la prestación de un consentimiento no suficientemente informado y por ende viciado a los efectos del artículo 1265 Código Civil, no puede obviarse que el enjuiciamiento de la cuestión ha de efectuarse individualizadamente y por ende examinar las circunstancias y efectos de la concreta contratación que se ha sometido al conocimiento de este Juzgado, de manera que no basta con la mera afirmación de que el producto contratado era complejo o de que la información debió de ser más exhaustiva para con ello obtenerse la declaración de nulidad absoluta o relativa de los contratos o de alguna de sus cláusulas, o su resolución con unas consecuencias distintas a las pactadas. Ha de examinarse y valorarse si efectivamente, cumplidas o no las normas que se citan, la información fue o no suficiente para el demandante, es decir, si conocía lo que contrataba y aceptaba por ese conocimiento aquello que contrató y sus consecuencias, no siendo suficiente con la afirmación de que esperaba unos resultados distintos a aquéllos conseguidos.

Ni dicho contrato ni la forma de concertación permiten concluir que la parte actora conociera la

naturaleza del contrato y las obligaciones por ella asumidas, y entre ellas de que "*conociese citando menos su posición de pago en determinadas circunstancias*", partiendo de que "*la obligación de información previa y clara*" era exigible a la entidad bancaria oferente del

productor, que no constaba la hubiera cumplido y que permitiese un conocimiento del "producto ofertado y que firmó, por ello era un contrato de permuta, que le situaba en la obligación de pago a la demandante ante determinadas fluctuaciones del tipo de interés, aunque estos fueran inferiores a los inicialmente pactados en el contrato de préstamo y ninguna desestabilización en su inversión se produjese ", y ello junto a una " una absoluta falta de claridad en la redacción, que unida a la falta de una debida información de los costes de la operación que se suscribía, cuando además no se dio en la información previa, debe llevar a considerar que en ningún caso concurrió una debida información, que es exigible a la demandada en sus operaciones bancarias con clientes" , lo que determinó un error en el consentimiento " derivado de la información defectuosa ofrecida a la parte demandante al ser incompleta, revelándose que se incumplió con aquella obligación de la entidad financiera de «velar» por el cliente y comunicarle los riesgos, pues omite la información relevante y en concreto que las liquidaciones podrían ser negativas, infringiendo el deber de proteger el banco los intereses económicos del cliente, nulidad que procede ex artículo 1266 del C. Civil, por error como vicio del consentimiento, que fue esencial afectaba a la naturaleza de las contraprestaciones y excusable en el momento de perfección de contrato, si tenemos en cuenta la falta de claridad de las cláusulas y el deber de información que correspondía a la entidad bancaria", error que como vicio del consentimiento, da lugar a la anulabilidad del contrato, (orí. 1300yss del C. Civil), y como señala reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTs de 29 de abril de 1986 , 17 de octubre de 1989...). En idéntico sentido nos pronunciamos en la Sentencia 264/2011 de fecha 5 de diciembre de 2011 decretar la nulidad del contrato, "por concurrir un vicio en el consentimiento derivado del error que por falta de la debida información se generó en la demandante como cliente bancario, lo que determina la nulidad del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1.266 del C. Civil, al recaer el error sobre una elemento esencial del contrato cómo es la naturaleza del contrato y las consiguientes obligaciones que asumían jaspares, no siendo imputable el mismo a la actora, y sin que se aprecie que la actora se condujese con falta de la diligencia media para conocer el alcance del mismo (STS 12 de julio de2002".

La STS de fecha 21 de noviembre de 2012 , "pues en dicha sentencia se contempla expresamente la posibilidad, que es el supuesto concurrente en autos, de que en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba" si bien "no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos", aquí examinada la contratación que tuvo lugar debe concluirse en la nulidad del contrato por un error vicio en el consentimiento derivado de la infracción de normas imperativas que debía proporcionar la entidad de crédito a su cliente afectantes a la propia naturaleza del contrato y obligaciones asumidas por las partes, y no sólo respecto de una información parcial relativa "a

la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencia.!", que es lo que examina en dicha sentencia del TS.

Aquí concurren los requisitos exigidos en dicha sentencia sobre el error vicio

Aquí como antes hemos valorado nos encontramos ante un error sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, como sobre las condiciones del mismo, es decir la efectiva asunción por la actor a de un contrato de permuta y la obligación de pago efectiva que podía surgir a cargo de ella en supuesto de baja de tipo de interés, es decir sobre algo esencial, derivado de una deficiente información. No se trata sólo de los motivos o móviles que el legal representante de la actor a, sino de la verdadera naturaleza del contrato, que impidió a diferencia del supuesto de hecho contemplada en esta, sentencia de 21 de noviembre de 2.012, (teniendo como tenía la operación financiera firmada un carácter especulativo, en el sentido etimológico de realizada con la esperanza de obtener beneficios basada en la variación de los índices utilizados), que la actora tuviera conocimiento de la naturaleza de la operación, pues no consta que fuera informada por la entidad de crédito, a que hace referencia dicha sentencia, "de lo esencial de los riesgos" y de "manera expresa".

La parte demandada se opone a la reclamación presentada alegando que al existir entre las partes una vinculación derivada de un préstamo hipotecario, éste es un producto de cobertura, y no estamos ante un producto de alto riesgo o especulativo sino de cobertura bajo la supervisión del Banco de España. Se señala que con el contrato pactado se buscaba y se obtenía una estabilización del coste financiero del endeudamiento a tipo variable contraído con anterioridad con el cliente, minimizando el efecto de la variación del tipo de referencia, y todo ello sin olvidar el contexto temporal del contrato firmado, abril de 2,008, caracterizada por una constante alza en los tipos de interés. Se alega que en ningún caso hablamos de un contrato complejo, a todas luces entendible, considerándose que en ningún caso se ha vulnerado la normativa reguladora de los derechos de los consumidores y usuarios como se alega de contrario, y que se consiguió el fin previsto con el cliente, y que era no pagar más de 1.300 € de hipoteca.

Sin embargo el Banco de España, en su Boletín Económico correspondiente al mes de marzo de 2008, en su apartado "*Informe de proyecciones de la economía española*" (página 33 y ss), establecía unas previsiones de incrementos del IPC para el 4º trimestre de 2008 inferior al 3 % y para el ejercicio 2009 del 2,3 %. Banco COOPERATIVO tenía acceso al Banco de España, Puncas, BCE, como de los informe emitidos por el propio, por lo que se puede concluir que el Banco tenía una información privilegiada sobre la inflación con anterioridad a la firma del contrato swap, que indicaba que el IPC caería en los próximos meses.

A esta Juzgadora no se le escapa que, de las dos partes contratantes, quien se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la

entidad financiera y no el actor, que es un consumidor, sin estudios universitarios formado en soldadura y calderería, sin conocimientos suficientes para advertir prima facie, y sin información adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado.

Al respecto la representación de BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL, S.A., afirmó que ofertó el producto, en este caso concreto, en el año 2008, cuando se vivía un momento alcista en los mercados, no se había iniciado la actual crisis, y la apuesta era por el mantenimiento o la elevación los tipos de interés; sin embargo la prueba evidencia en este y otros casos, una visión totalmente opuesta al argumento de la parte, demostrada por la realidad de lo ocurrido.

Se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce al cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se tradujo en una fugaz subida de tipos y una inmediata y drástica bajada de aquellos que han generado la cantidad que ahora se reclama,

A pesar de las alegaciones del letrado de la entidad demandada, no podemos olvidar que nos encontramos ante un particular, que como todos los ciudadanos con hipoteca, estaba preocupado por el aumento del EURIBOR, al que su entidad bancaria, le ofreció un producto que actuaba como un seguro o cobertura frente a las subidas del tipo de interés de su hipoteca, manteniendo la cantidad máxima que el cliente debía pagar al banco.

Tal y como ha señalado la Jurisprudencia de forma constante, la entidad bancaria debe informar a sus clientes tanto en fase precontractual como en fase contractual de forma explícita, con la necesaria claridad de los compromisos contraídos entre las partes, los derechos y obligaciones de ambos y de las posibles eventualidades de las operaciones. Y dicha información debe darse de forma adecuada a las circunstancias y características del cliente, ya que ésta, en concreto D. xxx no ha acreditado tener especiales conocimientos financieros, por cuanto no tiene concertadas con ninguna entidad bancaria ningún producto financiero ni derivados de bolsa... Y tal y como afirmó, Leyre Artola, *el precontrato y el contrato de confirmación se hizo el mismo día.*

Y en éste punto, no podemos olvidar así mismo, que ante la complejidad de los contratos firmados y ante las circunstancias de D. xxxx, un particular que tenía contratada una hipoteca para la adquisición de su vivienda, la entidad demandada no ha probado, tal y como era su obligación que la información dada al actor fue suficiente para que éste supiera lo que en realidad estaba contratando, ya que no consta que éste supiera con certeza, no sólo la posibilidad de tener liquidaciones negativas de cantidades tan elevadas como así ha sido, sino de cómo cancelar su contrato, o por qué cantidad, ni los posibles escenarios en el que pudiera encontrarse. Máxime en este caso en el que se hace un único documento, en el que se contempla un único escenario personalizado, y en el que solo se hace mención a unos tipos de interés elevados, con un diferencial 0,00 (documento 4 de la contestación a la demanda), diferencial 0,00 porque tal y



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

como manifestó Leyre Artola en el acto del juicio "resultaba indiferente", y no se contempló en ningún caso las consecuencias de un escenario bajista, ni se le explicó las consecuencias de cancelación, por cuanto no consta en ninguno de los documentos aportados. Y si bien es verdad

que las circunstancias del mercado financiero han sido especialmente extrañas y convulsas en los últimos tiempos, con una bajada espectacular de los tipos de interés no previstas por las entidades bancarias, llegando incluso a supuestos de inflación negativa, las resoluciones del Banco de España en relación con éste tipo de contratos recomiendan a las entidades que éstas realicen un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente para que comprenda el alcance de su decisión y la situación de riesgo que asume. Así tal y como señala la S.A.P. de Pontevedra ya citada con anterioridad, "...las entidades antes de formalizar al contratación de éstos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera."

El contrato no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto, e incluso las liquidaciones trimestrales practicadas por el BANCO COOPERATIVO, no se han motivado correctamente, por cuanto no se reseña la fórmula financiera a través de la cual se obtienen los importes a favor o a cargo del cliente y tampoco se explica de donde sale el IPC a favor o a cargo del cliente; y esta falta de motivación provoca el incumplimiento del artículo 66 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión., la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/73/CEE y el Reglamento 1287/2006, Normativa MiFID, Circular 8/1990 de 7 de septiembre, del Banco de España; la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, así como la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipo de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes... Así mismo el Banco Santander, incumplió las obligaciones impuestas por la Circular 8/1990 del Banco de España con relación: a la no información del cliente sobre las tarifas de gastos financieros y comisiones, según establece la norma tercera, apartado cuarto; y por otro lado no consignó en los contratos el coste efectivo a cargo del cliente del instrumento financiero, expresada en tasa anual equivalente (TAE), según establece la norma sexta apartado décimo y norma octava apartado cuarto. Corroborado con el documento nº 8 de la demanda, Anexo a la confirmación Swap, en el último apartado relativo a consideraciones establece: si ambas partes se pusieran de acuerdo en la cancelación anticipada del producto, se advierte que la misma se realizará a precios de mercado

pudiendo suponer un coste para el cliente. O documento nº 7, contrato marco, estipulaciones novena a decimocuarta, relativas al vencimiento anticipado y sus consecuencias, reflejando la decimocuarta el cálculo de la cantidad a pagar, donde fija como criterio general que la cantidad a pagar se determinará aplicando criterios de mercado y en el supuesto de que no fuera posible

determinar un Valor de Mercado o aún siendo posible, el resultado no fuera comercialmente aceptable, la cantidad a pagar será una cantidad equivalente a la Valoración Sustitutiva de las Operaciones, cuyo vencimiento se haya anticipad, y respecto de las cuales no sea posible determinar un Valor de Mercado; cláusulas que a nuestro entender son totalmente incomprensibles sin tener la formación financiera adecuada y sin la información exigida y motivada por la entidad financiera.

En consecuencia, acreditada, a juicio de ésta Juzgadora la falta de información suficiente para que el actor, actuara en consecuencia, se entiende probado el error invalidante del contrato, ya que tal y como señala la S.T.S. de 26 de junio de 2.000: ".recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que 10 padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 de febrero de 1.994 y 11 de mayo de 1.998). Según doctrina de ésta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS de 4 de enero de 1.982 y 28 de septiembre de 1.996).", y por todo ello al concurrir la aplicación del artículo 1.265 del Código Civil, cuando dice que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad del contrato de confirmación de operación de SWAP, suscrito entre las partes y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir, con la obligación de las partes de restituirse las cantidades entregadas, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, y que según la demandante, ascendía a la cantidad de 27.280,60 euros más intereses conforme se ha señalado, en aplicación de las reglas del artículo 1.303 del Código Civil.

La oferta contractual fue hecha y aceptada, por tanto, para cubrir el riesgo de la subida de la inflación, pero sin informar adecuadamente al cliente de las consecuencias negativas que tendría para él una posible bajada de los tipos de interés, lo cual podía fácilmente interpretarse por el cliente como la oferta de una "garantía" mediante la que se "aseguraba" al cliente contra las subidas de los tipos, aunque tampoco se beneficiaría de las bajadas, de modo que en la práctica equivalía a dejar el interés del préstamo en un tipo fijo, todo lo cual se deduce del hecho de que el Banco no ha aportado prueba alguna de la información precontractual que dio al cliente, sin que a estos efectos sea prueba suficiente el testimonio de los empleados del Banco,



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

En resumen, era el Banco demandado el obligado, conforme a las normas de distribución del "onus probandi" del artículo 217 de la LEC, a acreditar que proporcionó al demandante la información necesaria, para que éste pudiera prestar un consentimiento cabal, documentado e informado sobre el producto que iba a contratar, que se salía por completo de la línea de

productos comunes que hasta ese momento había contratado con el Banco, y éste nada ha probado al respecto, No ha probado el Banco haber mantenido con el cliente más que una conversación previa a la contratación del producto, en la que no consta qué información se le dio, ni consta que se le proporcionasen documentos o folletos explicativos, de modo que hemos de concluir que el contrato se concertó sin que hubiese dado al cliente el Banco apelante una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía el "SWAP" que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de tipos de interés, para formar correctamente el consentimiento de la actora.

Por otra parte esta falta de información previa no se subsana al firmar el contrato, cuyo contenido adolece también de graves omisiones de información que abundan en el error padecido por el demandante, en concreto, y en primer lugar no aparece en el contrato una información adecuada sobre el riesgo que comporta una evolución a la baja del tipo de interés variable referencial, pues dicha información se limitó a la que se hace constar en el precontrato (documento 4 de la contestación), no constando la existencia de ningún contrato marco, ni estudio previo del cliente ni el tan mencionado test de conveniencia; sino únicamente un precontrato personalizado en el que únicamente se refleja un escenario alcista; y el hecho de que el actor haya cumplido siempre con sus obligaciones no puede utilizarse, como pretende la parte demandada, en contra del mismo, sino más bien al contrario.

QUINTO.- Por lo expuesto, y en aplicación del artículo 1.265 del Código Civil, al concurrir las circunstancias allí expuestas al decir que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros, denominado, suscrito por ambas partes litigantes el 14 de julio de 2008 y condeno al BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL a abonar a xxxx la cantidad de 27.280, 60 €, más las cantidades que siga abonando hasta que se dicte sentencia firme.

SEXTO.- Con arreglo a lo dispuesto en el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponiendo las costas a la parte demandada por haber visto rechazadas todas sus pretensiones.

FALLO

ESTIMAR la demanda interpuesta por D. Fernando Castro Mocoeroa, Procurador de los Tribunales y de _____, frente a BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL, S.A., representados enjuicio por el Procurador D. José Ignacio Otermin Garmendia

y:

-Declaro la nulidad del contrato swap suscrito entre y BANCO COOPERATIVO, S.A.,
con fecha 14 de julio de 2008, condenando a la entidad demandada a

abonar a la cantidad de veintisiete mil doscientos ochenta euros con sesenta céntimos (27.280, 60 €), más las cantidades que siga abonando hasta que se dicte sentencia firme;

Con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes la presente resolución con la advertencia de que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer recurso:

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0049 3569 92 0005001274 (concepto: 1864 0000 04 035413), indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15^a de la LOPJ).

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

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. JUEZ que la

fb

abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial doy fe, en TOLOSA (GIPUZKOA), a veintiocho de mayo de dos mil catorce.