

SENTENCIA núm. 18/ 2012

Blanes, 13 de Febrero de 2012

Vistos por Izaskun Pérez Urrestarazu Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Blanes, los presentes autos de juicio ordinario registrados con el número 362/2011 seguidos por [redacted] representado por el procurador [redacted] y asistido del letrado Sr. Ramir J. Bascompte contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA representado por la procuradora [redacted] y asistido del letrado Sr. Víctor Manuel Blanco Delgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por el procurador [redacted] en nombre y representación de su mandante [redacted] dedujo demanda de juicio ordinario en la que tras invocar los fundamentos de derecho que estimó aplicables termina suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés de fecha 2 de mayo de 2007, la obligación de restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo a tenor de las liquidaciones anuales ya producidas y que se pudieren llegar a practicar hasta ejecución de sentencia conforme a las especificaciones del contrato, todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.

SEGUNDO .-Conferido el preceptivo traslado a la demandada por Decreto de fecha 8 de septiembre de 2011 la demandada procedió a presentar en tiempo y forma escrito de contestación y oposición a la demanda , siendo citadas las partes a la audiencia previa que se celebró el día 15 de Noviembre de 2011 a la que acudieron las partes según consta en el acta celebrándose el juicio el día 1 de Febrero de 2012 en el que se practicó la prueba propuesta y admitida en la audiencia previa por lo que quedaron las actuaciones en estado de dictar la presente resolución.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita acción de nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) suscrito entre el demandante Juan Antonio Sánchez Luna y Banco Popular Español SA en fecha 2 de Mayo de 2007 en base a la existencia de vicio de error en el consentimiento, por desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando.

Por la demandada se alegan fundamentalmente dos cuestiones, la caducidad de la acción para ejercitar la nulidad del contrato por cuanto ha transcurrido el plazo de 4 años previsto en el artículo 1.301 del Código Civil y la no existencia de error alguno por parte del demandante quien firmó el contrato con pleno conocimiento de su contenido.

SEGUNDO.- Caducidad de la acción.

El artículo 1301 del Código Civil establece "La acción de nulidad del contrato sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: en los casos de error o dolo o falsedad de la causa desde la consumación del contrato". En base al precepto legal la demandada considera que la acción ha caducado por cuanto el contrato es de fecha de de 2007 y la demanda que motiva el presente procedimiento se presentó en decanato en fecha de de 2011. La pretensión no puede ser acogida a la vista del carácter de tracto sucesivo del contrato de permuta financiera por el que se pactan liquidaciones periódicas de tal manera que el error se advierte en el momento en que dichas liquidaciones negativas se repiten. Así Sentencia Audiencia Provincial de Oviedo n ° 402/2011 de 7 de Noviembre de 2011 *"Sostiene también la recurrente que la acción estaría caducada por haber transcurrido el plazo de 4 años establecido en el art. 1301 del código Civil. Alegación ésta no formulada al contestar a la demanda, que tampoco puede prosperar. El plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad ha sido calificado mayoritariamente como de prescripción, y no de caducidad (así, sentencias del T.S. de 27 de marzo de 1987 , 27 de marzo de 1989 , 27 de febrero de 1997 y 1 de febrero de 2002). Incluso la sentencia de 6 de septiembre de 2006 que cita la apelante no dice lo que ella indica (en realidad reproduce el fundamento de la sentencia dictada por la Audiencia) sino que al tratarse en aquel caso de un acto nulo y no anulable, no es de aplicación el indicado plazo. Siendo ello así, la prescripción en ningún caso podría prosperar al no haber sido invocada en su momento, además de haber quedado interrumpida por la previa reclamación extrajudicial (folios 109 y siguientes). E incluso, aunque se calificara de caducidad, habría que tener en cuenta que el término inicial, el de la consumación del contrato según el citado art. 1301 , debe ponerse en relación con el hecho de que se está ante un contrato de tracto sucesivo, en el que las prestaciones continúan sucediéndose, de tal modo que no puede identificarse esa consumación con la fecha de celebración del contrato. Y*

TERCERO. -El contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) suscrito entre las partes en fecha 2 de Mayo de 2007 (doc 3 demanda), ha sido ampliamente definido. Así Sentencia Audiencia Provincial de Girona Sección 1ª de fecha 1/9/2011 n °356/ 2011: " dice la doctrina que el contrato swap o de permuta financiera en su modalidad de tipo de interés el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real(nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay, en principio acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o sólo o más simplemente ,a liquidar periódicamente mediante compensación , tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa acreedor. De otro lado, en el contrato de permuta financiera de intereses un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable por lo que su carácter aleatorio y especulativo resulta evidente aunque en general no es la finalidad especulativa con la que actúan los clientes (aunque nada impide que se actúe con tal finalidad) sino la mejora de la estructura financiera de la deuda que se tiene asumida y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros , el carácter aleatorio resulta evidente dependiendo sobre todo de los intereses de referencia establecidos y de las previsiones que existan en el mercado de tal forma que el desconocimiento de dichas previsiones y el establecimiento de uno u otro interés fijo y uno u otro interés variable, puede conllevar para el cliente un importante quebranto económico . Y que ello es así lo demuestra que el legislador en el artículo 79 bis 8 lo considera un producto financiero complejo.

Así Sentencia Audiencia Provincial de Girona Sección 1ª n ° 68/2011 de 18/2/2011 " el contrato de permuta financiera o tipos de interés también denominado con el anglicismo swap. El mismo consiste someramente en un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de flujos de dinero en fecha futura. Dichos flujos pueden,, en principio, determinarse en función ya sea de los tipos de interés a corto plazo como del valor del índice bursátil o cualquier otra variable. Es utilizado para reducir el costo y el riesgo de financiación de una empresa o para superar las barreras de los mercados financieros. Como subtipo de este tipo de contratos, se conoce el swaps de tipo de interés el más simple y conocido en los mercados financieros consistente en un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un periodo 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.

Habitualmente una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del euríbor o libor, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo o bien variable, pero referenciado, en este supuesto a otra base distinta.”.

Si examinamos el contenido del contrato suscrito entre las partes litigantes observamos que se indica en el mismo” que mediante la contratación de la presente operación las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo de interés fijó y un tipo de interés variable sobre un importe nocional y durante un periodo de duración acordado”

CUARTO .- En el supuesto de autos el contrato de permuta financiera (swap) no se configuró de manera autónoma sino vinculado a un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 150.000.-€ que el demandante había suscrito en fecha 20 de Octubre de 2006. En fecha 2 de Mayo de 2007 (doc 3 de la demanda) las partes suscriben el contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) n ° 00075-00973-263-0000027 con fecha de vencimiento 03.10.2011. En el mismo las partes acordaron intercambiar flujos monetarios calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia; en concreto se estableció un tipo de interés fijo del 4,671% un tipo de interés variable de referencia ; euríbor a 12 meses, un importe nocional de 149.000.-€ y vencimientos 05/10/2009, 04/10/2010 y 03/10/2011. Se establece que la periodicidad de la liquidaciones será anual y como información al cliente sobre la negociación con derivados en el apartado de condiciones particulares ” 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 con 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 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 al tipo fijo superior a la que corresponda cobrar por la liquidación del tipo de interés variable sobre el importe nocional. 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.

TERCERO.- El artículo 1261 del Código Civil establece que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1ª consentimiento de los contratantes, 2º objeto cierto que sea materia del contrato, 3º causa de la obligación que se establezca.

El artículo 1265 del Código Civil ” será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. Art. 1266 del Código Civil ”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".

Pues bien analizando el contenido del contrato se concluye que se trata de un producto financiero ciertamente complejo que requiere una formación financiera muy especializada sin que pueda presuponerse la misma por el hecho de haberse dedicado el demandante a la administración inmobiliaria o haber contratado previamente un fondo de inversión tal y como sostiene la demandada, todo ello sin olvidar que estamos ante un contrato de adhesión que se presenta al cliente previamente redactado.

De las pruebas practicadas, apreciadas en su conjunto se desprende que el demandante era cliente de la entidad Banco Popular Español SA desde hacía años y había contratado diversos productos financieros, por lo que resulta lógico considerar que el mismo tenía depositada en la entidad financiera una gran confianza, y así lo manifestó el propio demandante en el acto de la vista (min 19:43 CD)

El director de la oficina de Banco Popular en Blanes

manifestó que no intervino en la formalización del contrato de permuta financiera. Que el contrato de permuta financiera iba dirigido a clientes con riesgo de sufrir una variación en el tipo de interés en los préstamos hipotecarios contratados. Preguntado por el contenido exacto del contrato manifestó que el importe nominal, el periodo de vigencia y las liquidaciones los fija el cliente y los tipos de interés fijo y variable la entidad. En relación al coste por cancelación anticipada reconoció desconocer el sistema para calcularlo ya que se realiza en una oficina especial de tesorería y desde allí les indican el importe a cancelar, asimismo añadió que no se facilita al cliente la información relativa al cálculo Tampoco tenía conocimiento del contenido de la cláusula quinta del contrato en la que se establece que el cliente deberá constituir en el momento de concertar una operación IRS un depósito (en el que aparece en blanco el tanto por ciento del importe nominal máximo del contrato. Que en este supuesto no se realizó test de idoneidad porque no era legalmente exigible, reiterando que la comprensión del contrato IRS es más sencilla que la de un préstamo hipotecario y que siempre se le explica al cliente los riesgos del contrato de permuta financiera con ejemplos numéricos para facilitar su comprensión. Tiene constancia que se realizó una liquidación positiva al cliente por importe superior a 1.000 euros y el cliente preguntó en la oficina sobre esa liquidación y que cuando se produjo una liquidación negativa se pusieron en contacto con el cliente y éste solicitó poder pagarlo en diversos plazos.

El demandante reconoció que fue administrador único de una sociedad dedicada y que tiene conocimiento de cómo funciona un préstamo hipotecario pero que no sabe como se calculan las amortizaciones. Manifestó que había contratado anteriormente

un fondo de inversión, pero que el contrato de permuta financiera lo firmó sin haberlo leído porque tenía mucha confianza. Que le sorprendió la liquidación positiva al principio y por eso preguntó en la entidad que desconocía las consecuencias de la bajada de los tipos de interés. Que al llegarle la liquidación negativa habló con el interventor de la oficina y estaba dispuesto a negociar un pago aplazado.

La testigo empleada de la oficina bancaria manifestó en el acto de juicio que el demandante tenía contratados otros productos bancarios, que el contrato de permuta financiera es de fácil comprensión y que explicó al cliente que se podían generar liquidaciones negativas. Que cuando se firmó el contrato estaba presente ella pero duda si estaba presente también el director de la oficina

Reconoció que el cliente no solicitó la formalización del contrato con un modelo tal y como establece la cláusula tercera del contrato, que fue la entidad bancaria la que realizó la propuesta. Reconoció que el plazo, periodos de liquidación, tipos de interés, fueron propuestos por la entidad bancaria y el cliente aceptó. Asimismo que no se realizó un anexo de periodos de liquidación al que se refiere el contrato, y que no sabe como se calcula la indemnización por cancelación anticipada porque el cálculo lo realiza tesorería, que ella no sabe hacerlo ni tiene medios. No se le explicó al cliente la posibilidad de cancelación anticipada del contrato y en relación a la exigencia de garantía por parte del cliente para el supuesto de liquidaciones negativas manifestó desconocer la misma. Reconoce que no le leyó el contrato, pero le explicó que si bajaban los tipos de interés tendría que pagar. Manifestó que no ha recibido ningún curso específico, y reiteró que no se trata de un producto complejo.

De todo lo anterior se desprende que la entidad bancaria no cumplió con el deber de información precontractual que le era exigible, no se le informó específicamente de los riesgos que comportaba la suscripción de este tipo de contrato no se le facilitó folleto informativo, ni se le informó ni de la posibilidad de la cancelación anticipada del mismo y en consecuencia tampoco del importe de la misma no constando ni siquiera en el contrato la fórmula en base a la cual se van a calcular esos costes, extremo desconocido absolutamente por los empleados de la entidad. Las manifestaciones del director y de la apoderada de la oficina de Banco Popular Español SA en Blanes deben valorarse en consideración a la relación laboral que mantienen con la demandante, y al margen de las manifestaciones efectuadas por los mismos en el sentido de haber informado al cliente de las consecuencias negativas del descenso en los tipos de interés, no existe ningún otro medio que acredite haber facilitado toda esa información. Si bien el demandante y el coinciden en afirmar que cuando se produjo la primera liquidación (que fue positiva)

aquél acudió a la entidad bancaria, lo cual demostraría también que no comprendió absolutamente nada del funcionamiento del contrato. Las explicaciones ofrecidas por la testigo en relación al contrato de permuta financiera no resultaron inteligibles.

El contrato de permuta financiera es un contrato previamente redactado con nula capacidad de negociación por parte del cliente por todo ello considerando que concurre causa de nulidad del consentimiento prestado por error(1265CC) procede estimar íntegramente la demanda y declarar nulo el contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) de fecha de de 2007 suscrito entre y Banco Popular Español SA n ° , así como las liquidaciones practicadas o sucesivas que pudieran practicarse con la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieren sido objeto del mismo a tenor de las liquidaciones anuales ya producidas y que se pudieran llegar a practicar.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC procede la condena en costas a la demandada.

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

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por representado por el procurador y asistido del letrado Sr. Ramir J. Bascompte contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

DECLARO nulo el contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) de fecha de de 2007 suscrito entre y Banco Popular Español SA n ° , así como las liquidaciones practicadas o sucesivas que pudieran practicarse con la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieren sido objeto del mismo a tenor de las liquidaciones anuales ya producidas y que se pudieran llegar a practicar

Todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

Así por esta mi sentencia contra la que se podrá interponer recurso de Apelación en este Juzgado en término de veinte días y que se resolverá ante la Audiencia Provincial de Girona, definitivamente juzgando en Primera Instancia lo pronuncio mando y firmo.

Para interponer recurso hay que consignar un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este

Juzgado , haciendo constar el número de procedimiento lo que habrá de acreditarse y no se admitirá a trámite ningún recurso si el depósito no está constituido de conformidad con lo que dispone la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial, que ha estado añadida por el artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de Noviembre , complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal por la implantación de la nueva oficina judicial

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. Sra. Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha hallándose celebrando Audiencia Pública. Doy Fe.