

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE
DONOSTIA**
**DONOSTIAKO LEHEN AUZIALDIKO 8 ZK.KO
EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST.JAUREGIA 1 1ªPLANTA - CP./PK: 20012
TEL.: 943-000738
FAX: 943-000706

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/000499
NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2017/0000499

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 37/2017 - G

SENTENCIA Nº 376/2018

JUEZ QUE LA DICTA: D. GERARDO ANTONIO GAMARRA DE BAYA

Lugar: DONOSTIA / SAN SEBASTIAN

Fecha: veintiocho de marzo de dos mil dieciocho

PARTE DEMANDANTE:

Abogado: FERNANO ZUNZUNEGUI

Procuradora: ITZIAR MUJIKA ATORRASAGASTI

PARTE DEMANDADA BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Abogado: ENEKO GOENAGA

Procurador: JESUS ARBE MATEO

OBJETO DEL JUICIO: DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 11 de Enero de 2.017 la Procuradora Dña. Itziar Mujika Atorrasagasti en nombre y representación de formulaba demanda de Juicio Ordinario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

En la misma, alegaba los hechos y fundamentos de Derecho que entendía aplicables a su pretensión, solicitando finalmente al Juzgado que, previos los trámites legales, se dictara sentencia de conformidad con el suplico de la demanda.

Por Decreto de 3 de Febrero de 2.017 se recibió a trámite la demanda presentada, y teniendo como parte en el mismo a la Procuradora Sra. Mujika en la representación invocada.

Dicha resolución acordaba dar traslado a la parte demandada, emplazándole para que contestara a la demanda en el plazo de veinte días, apercibiéndole que si no comparecía en el plazo legal sería declarado en situación procesal de rebeldía.

SEGUNDO.- Por escrito de 9 de Marzo de 2.017 el Procurador D. Jesús Arbe Mateo en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. procedía a contestar la demanda y por resolución de 14 de Marzo de 2.017 se tenía a dicha parte demandada por comparecida y por contestada la demanda, y se convocaba a las partes para la celebración de la Audiencia Previa el día 15 de Junio de 2.017, a las 09.45 hrs.

Celebrada aquélla y habiendo solicitado por ambas partes el recibimiento del pleito a prueba se convocó a las partes para la celebración del Juicio el 13 de Marzo de 2.018, a las 12.30 hrs.

El día del Juicio por la parte demandante compareció el Letrado D. Fernando Zunzunegui y la Procuradora Dña. Itziar Mujika Atorrasagasti y por la parte demandada el Letrado D. Eneko Goenaga y el Procurador D. Jesús Arbe Mateo.

Abierto el periodo probatorio a petición de las partes, fueron practicadas en el acto del Juicio la prueba de Interrogatorio de parte y prueba testifical con el resultado que obra en las actuaciones.

TERCERO. En la tramitación de este Juicio Ordinario se han observado todas las prescripciones legales de vigente aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante presentó demanda en la que manifestaba que la reclamación se fundaba en una falta de información por parte del Banco Popular en la colocación de unos productos financieros, que le ofreció al , representante legal de la actora, por ser cliente de confianza, minorista, sin estudios, ocultando todos los riesgos. Que la entidad bancaria ocultó al actor que con los productos recomendados no podía ganar y podía perder más de 9.000.000 de euros del patrimonio empresarial. La demandada recomendó al la contratación de dos productos financieros complejos de alto riesgo, ofreciendo sucesivas pólizas de préstamo, para paliar las pérdidas que se iban sucediendo por la negligencia del Banco, todo ello en una relación encadenada. En un primer momento al se le concedió una financiación de 3.700.000 euros para ampliarla a 9.000.000 euros, suscribiendo el 23 de Marzo de 2.007 con Banco de Vasconia un préstamo con garantía hipotecaria, con periodo de carencia hasta el 7 de Septiembre de 2.007 y con vencimiento el 7 de Septiembre de 2.017. Dada la cuantía de la operación el Banco recomendó a su cliente suscribir una cobertura contra la subida de los tipos de interés, por lo que suscribió Contrato Marco de Operaciones

Financieras. En 2.007, se le indicó al actor que al cumplirse el periodo de carencia del préstamo, debía firmar el producto de cobertura frente a la subida de los tipos de interés, recomendándole la contratación de un Swap, por importe de 9.000.000 euros, cancelándose anticipadamente en Octubre de 2.007, recomendándole nuevamente la necesidad de renovar la cobertura que se acababa de cancelar, suscribiendo el 29 de Octubre de 2.007 la confirmación del Swap apalancado, por importe de 9.000.000 euros, con vencimiento el 21 de Noviembre de 2.010. En Enero de 2.008 nuevamente le indicó que para mantener la cobertura sobre el préstamo hipotecario debía suscribir una Póliza de Crédito con Garantía Personal, por importe de una supuesta cobertura concedida, 9.000.000 euros. Así sucesivamente hasta que el 5 de Mayo de 2.010, firmó un Contrato de Depósito y Administración de Valores para Clientes Minoristas, un Contrato de Cuenta de Ahorro y una Póliza de Contrato de Cuenta de Crédito, con las condiciones de límite de crédito de 9.000.000 euros, vencimiento el 22 de Noviembre de 2.015, prorrogable hasta 2.018, amortización del crédito dispuesto el 100 % al vencimiento y comisiones y tipo de interés de saldos acreedores de 0,00 euros y con una cláusula anexa de que la disposición del crédito únicamente se podría realizar con el fin de adquirir 800.142 acciones, incluyéndose la firma de un suplemento de confirmación del “Swap apalancado Euribor-Popular”, en virtud del cual al vencimiento ya no tendría que hacer frente al pago de una liquidación si el valor de la acción no superase la barrera, si no que percibiría 800.142 acciones del Banco Popular por las que el cliente abonaría 9.000.000 de euros, convirtiéndose así en asegurador de 800.142 acciones del propio Banco a un precio de 11,248 euros por acción y como mínimo hasta el 22 de Noviembre de 2.015. Tras diversos avatares financieros y por indebidos consejos de la entidad bancaria al ocultar información al cliente, se le colocó en una situación ruinosa, habiendo contraído una deuda con el Banco de 10.000.000 euros. Dada la sucesiva contratación de productos, el llegó a contratar nada menos que 7 productos financieros, los cuales aparecen reflejados en la Tabla I del folio nº 7 de la demanda. Por todo ello el Banco, bajo el pretexto de dar cobertura al préstamo hipotecario que tenía suscrito, le colocó al cliente un “Swap Bonificado Apalancado Euribor –Banco Popular” y “Swap Apalancado Euribor –Banco Popular”.

La parte demandada se opuso a la demanda alegando que el contrato tenía todos los elementos esenciales para su validez, habiéndose prestado el consentimiento de manera válida. Que contrató el producto más acorde a sus intereses. Que el Banco no cometió irregularidad alguna en la firma de las operaciones de 2.007, ni en las posteriores contrataciones y novaciones. Que son infundadas las acusaciones de la actora sobre la supuesta e inexistente conducta dolosa de BANCO POPULAR, así como del beneficio supuestamente obtenido. Que no hubo dolo por parte de la entidad bancaria en el ofrecimiento de los productos financieros, sino que los mismos fueron contratados con total conocimiento de ello.

SEGUNDO.- Con carácter previo, la entidad bancaria demandada alegaba la caducidad de la acción por estar basada en el vicio en el consentimiento, basándose en

ello en el contenido del artículo 1.301 del Código Civil, el cual dispone que “*La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieren cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato ...*”, precepto que el presente Juzgador comparte con el Letrado de la parte demandada, pero no la aplicabilidad del mismo en el presente procedimiento.

La respuesta a tal cuestión la encontraremos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003, que nos recuerda como el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato. Precizando por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1984 que, de cara a hacer cómputo del plazo de prescripción de la acción de anulabilidad, es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de anulabilidad por error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, como por otra parte también reconoce la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisando que el artículo 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato".

Añadiendo la citada doctrina jurisprudencial que el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que la consumación sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Ratificándose tal criterio por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983 cuando dice en el supuesto de entender no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se liaría consumado en la integridad de los vínculos obligaciones que generó..".

Por tanto, el Tribunal Supremo deja claro que la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo debiéndose por ende distinguir entre la perfección, la consumación y el agotamiento del contrato, que no se produciría hasta que el contrato dejara de producir todos los efectos que le son propios. **Debiendo quedar fijada la consumación en el momento en que se produce el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas.** Por tanto, si bien no puede afirmarse que la consumación del contrato no debe coincidir necesariamente con el abono de las remuneraciones, pues sería tanto como decir que contratos como el presente en que se prevé un pago de remuneraciones periódicas sine die sería tanto como decir que no se consumiría nunca, **sí que podremos concluir que la consumación no se produce hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión que se reservaba a su favor la entidad emisora,**. Debiendo entender por tanto que la acción no ha vencido.

Por lo tanto partiendo de ello, no puede entenderse la aplicabilidad de dicha jurisprudencia consolidada, ya que se trata de productos financieros encadenados, como muy bien afirmó el Letrado de la actora, considerándose concluido dicho plazo en el año 2.021.

En cambio sí partiéramos de la ausencia de causa en el contrato, como se alegó en el acto de la vista, nos hallaríamos no ante un supuesto de anulabilidad sino de nulidad, acciones de nulidad que no caducan nunca al carecer de dicho plazo y producir éstas efectos “*ex nunc*”, por lo que el precepto alegado, el artículo 1.301 del Cc. no tendría aplicabilidad en el presente.

TERCERO.- La demanda interpuesta hace referencia a la firma de diversos productos financieros, entre los que se hallan los denominados SWAP.

Para ello y con carácter previo es preciso hacer una breve mención a las permutas financieras, su concepto, clases y naturaleza para saber realmente ante qué tipo de contrato o producto nos encontramos.

La permuta financiera en sentido amplio comprende una serie de productos financieros que dan lugar a flujos de pagos entre las partes contratantes en función de la evolución de un índice de referencia y normalmente con la finalidad de cubrir el riesgo de variación de dicho índice en relación con otras operaciones de préstamo o crédito. Dentro de estas permutas financieras podemos encontrar los swap. De hecho el término "swap" es una palabra anglosajona que significa canje o cambio en castellano. Por este motivo a veces se utiliza la palabra swap para referirse a todo tipo de permuta financiera, cuando en realidad es un tipo o clase de permuta.

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante diversos contratos swaps, con diferentes pólizas de crédito, partiéndose del primero de aquellos bajo la denominación de “Swap Bonificado Apalancado Euribor – Banco Popular” de fecha de 29 de Agosto de 2.007, por importe de 9.000.000 euros, con fecha de vencimiento de 29 de Febrero de 2.011, otro de fecha de 29 de Octubre de 2.017 y posteriores pólizas de crédito y cobertura de riesgos.

Según esto, con este tipo de productos se obtienen liquidaciones o canjes periódicos cuyo resultado positivo o negativo para el cliente depende del comportamiento del índice elegido y que normalmente, y para lo que a nosotros nos interesa en este caso, son tipos de interés pero que puede tratarse del precio de una materia prima u otro valor fluctuante. Esto supone que las permutas financieras o los contratos que incorporan cláusulas de este tipo tienen un alto componente especulativo y por consiguiente un elevado riesgo, al igual que ocurre con los derivados, en las operaciones bursátiles.

Su naturaleza es igual a los llamados derivados financieros como son los futuros y las opciones. Los derivados son instrumentos financieros cuyo valor viene determinado

("deriva de") el precio de un activo subyacente (intereses, acciones, divisas, bienes...) por lo que las permutas financieras con carácter general pueden considerarse productos derivados, especulativos y complejos. Es cierto que se dice que el producto está vinculado al volumen de endeudamiento del cliente, pero lo cierto es que aunque el cliente cancele sus préstamos, el SWAP sigue operando por lo que es autónomo y especulativo.

CUARTO.- Una vez que hemos delimitado el concepto y naturaleza de este producto, es posible subsumir de regulación dentro de un marco normativo.

No existe una ley específica que regule las permutas financieras pero la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, establece en su considerando (2) que "En los últimos años ha aumentado el número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encuentran una gama mucho más compleja de servicios e instrumentos. Esta evolución aconseja ampliar el marco jurídico comunitario, que debe recoger toda esa gama de actividades al servicio del inversor. A tal fin, conviene alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección y permitir que las empresas de inversión presten servicios en toda la Comunidad, ya que se trata de un mercado único, tomando como base la supervisión del país de origen.

En vista de lo anterior, la Directiva 93/22/CEE debe ser sustituida por una nueva Directiva". El considerando (3) añade que "Debido a que los inversores dependen cada vez más de las recomendaciones personalizadas, es conveniente incluir el asesoramiento en materia de inversión entre los servicios de inversión sujetos a autorización". La trasposición de esta directiva ha dado lugar a la reforma de la Ley del Mercado de Valores (LMV). Esta norma es aplicable al tema que ahora nos ocupa ya que su artículo 2.2, al regular el ámbito de aplicación, menciona los "contratos de opciones, futuros, **permutas** , acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo", lo cual encaja con el concepto que ya he definido.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España (SRBE) ha puesto de manifiesto que esta Directiva evitará en el futuro que los clientes corran el riesgo de adquirir productos cuya complejidad, es posible que ni siquiera la red comercial de las propias entidades logre comprenderlos/explicarlos con total claridad (memoria 2008, pág. 207-208).

También la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica se refiere a este tipo de productos aunque dentro de los préstamos hipotecarios y exigiendo una adecuada información al cliente.

A esta normativa general debe añadirse todo el cuerpo de normas relativas a la transparencia o información bancaria, ya que el fondo de este litigio gira en torno a la información suministrada por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Así, cabe destacar el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, pueda dictar normas que garanticen la claridad y transparencia de las operaciones financieras.

Fruto de esta habilitación destaca la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, por la que se fijan los tipos de interés y comisiones, así como las normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito. También resaltan dentro de este grupo de normas sobre transparencia bancaria, la Orden EHA/1665/2010, de 11 de junio, por la que se desarrollan los artículos 71 y 76 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en materia de tarifas y contratos-tipo.

El Banco de España a su vez, emitió la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela en cuya norma 3ª, punto 1, párrafo cuarto se indica que "En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad".

Como se indica en la Sentencia del Juzgado de Primera nº 15 de Zaragoza de 15 de Septiembre del 2010 (ROJ: SJPI 21/2010), existen diversas Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España de fechas 3/6/2009, 23/6/2009 y 24/6/2009, de las que se puede concluir que:

-el contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad;

- para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general;

- se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que , con anterioridad a la formalización de la operación , se ha facilitado al cliente un

documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros:

-entre la clientela tradicional, concedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

QUINTO.- Con respecto al conocimiento que de dichos productos ha podido tener la empresa actora, los artículos 78 y siguientes de la LMV regulan las obligaciones de transparencia e información de las entidades que presten servicios financieros.

En particular el artículo 78 bis exige que las empresas de inversión que clasifiquen a sus clientes en profesionales o minoristas, de manera que tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

El legislador basa esta presunción de experiencia en la condición de entidad financiera, organismo público o empresario con un alto volumen de activo o de negocio, si bien también es posible renunciar expresamente a la condición de cliente minorista (no profesional) rellenando un cuestionario que permita comprobar que se cumplen dos de estas tres condiciones:

1.º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;

2.º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros;

3.º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

El artículo 79 bis impone a los profesionales el deber de informar a los clientes, incluidos los clientes potenciales, de manera comprensible, sobre la entidad y los

servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. **La información debe contener recomendaciones y advertencias sobre el riesgo de los productos contratados y es importante insistir en que a fin de poder valorar la adecuación de los productos ofrecidos a cada cliente, las entidades deben recabar información sobre la experiencia de esos clientes a la hora de contratar ese tipo de productos.**

Estas exigencias de información al cliente y valoración de sus conocimientos o idoneidad para contratar productos complejos se ha desarrollado a su vez en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

Así, las entidades financieras tienen la obligación de clasificar a sus clientes.

En este caso no parece que se haya efectuado de manera correcta el test de conveniencia, ya que partiendo de las manifestaciones en el acto de la vista por el testigo , antiguo trabajador de la entidad bancaria, él mismo manifestó que se trataba de un cliente “*mayorista*”, cuando posteriormente el perito propuesto por la actora, , perfecto conocedor de estos productos, en cambio lo calificó como de minorista y más si tenemos en cuenta uno de los contratos suscritos, en concreto el doc. nº 13 adjuntado con la demanda (folio nº 218), donde sin género de duda se especifica el carácter minorista de

A mayor abundamiento el propio afirmó que en ningún momento se le hizo el test de idoneidad, basándose en que en dicho momento no era obligatorio según la legislación existente, pero ello no obsta a que se hubiera realizado como posteriormente se exige.

Por mucho que se trate de argumentar lo anterior, no se ha demostrado que se den los requisitos legales para considerar a la empresa demandante como grupo societario y, en cualquier caso, no se dan las demás exigencias para poder hablar de profesionales en este sector y más por el mero hecho de que el tuviera contratados otros productos similares, no por ello ha de deducirse de que él sabía lo que le estaban ofreciendo y que posteriormente contrató.

Además no hay que olvidar que el , se dedicó desde una temprana edad a la explotación de estaciones de servicios, negocios que nada tienen que ver con la contratación de productos financieros y huelga a decir, la previa existencia de otros productos contratados, no por ello se ha de considerar que deba comprender la naturaleza de un contrato de esas características, dada la complejidad del mismo.

Hay que tener en cuenta que el artículo 78 bis 3, c) de la LMV considera que son clientes expertos "Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;

2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;

3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros".

No basta con un elevado importe de facturación. Por supuesto tampoco se cumplen las condiciones de la letra e) para renunciar a la condición de minorista.

Esto es importante ya que si partimos de la identificación del cliente como no profesional y se ha interpuesto una acción con base en la existencia de error por defectos de información, **la carga de la prueba de la adecuada información sobre el producto recaerá sobre la entidad financiera demandada.**

No hay duda de que no es posible demostrar un hecho negativo como es la falta de información, por lo que será la demandada la que podrá y deberá acreditar la adecuada información al cliente ya que al no ser profesional no puede presumirse que conoce el producto (SJPI de Oviedo N° 10 de 7 de Octubre del 2010 - ROJ: SJPI 20/2010, SJPI de Zaragoza N° 15 de 15 de Septiembre del 2010 - ROJ: SJPI 21/2010, SAP de Pontevedra, sección 1, de 27 de Mayo del 2010 - ROJ: SAP PO 1780/2010).

Aunque con carácter general la prueba de los vicios del consentimiento incumbe a quien la alega puesto que la voluntad se presume libre, en esta materia concreta se está aceptando una inversión de la carga de la prueba por la jurisprudencia.

SEXTO.- Por lo que respecta al error, el artículo 1266 del CC establece 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.

La STS, Sala 1ª, de 17 de febrero de 2005 indica que "ha de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente(SS 24 de enero de 2003,12 de julio de 2002y30 de septiembre de 1999, entre otras)". En definitiva el error ha de recaer sobre la esencia del contrato y ha de ser excusable.

Respecto a la finalidad del contrato ya hemos visto cuál es su funcionamiento y finalidad por lo que habrá que compararlo con la explicación que se dio al cliente sobre el producto y la redacción del contrato y la publicidad.

En nuestro caso, el principal informante del producto de la empresa demandante y trabajador de la entidad bancaria, , afirmó que la previa contratación se efectuó telefónicamente, lo que sorprende de manera considerable al presente Juzgador, dada la importancia y complejidad de todos estos productos, que se efectúe de dicha forma, realizándose la contratación de todos esos productos bajo la apariencia de una relación de confianza del cliente minorista con la entidad bancaria.

No hay prueba alguna de que dicha persona realizase una explicación exhaustiva del producto ni tampoco de que él mismo explicase a la empresa actora de que existía la posibilidad de que las liquidaciones fuesen negativas (a pagar), ya que no hay que olvidar que el producto se comercializó por vía telefónica, como indiqué anteriormente y no basta solamente con realizar una información, sino que el informante ha de estar seguro de la comprensión y entendimiento de la otra parte.

Tampoco quedó acreditado por la entidad bancaria, al recaer sobre ella la carga de la prueba, que se informara al de los importes de cancelación del producto, es más el a preguntas del presente Juzgador indicó que no le informó y aunque el mismo ya hubiese contratado otros productos, no por ello se le ha de considerar perfecto conocedor de la naturaleza financiera de dichos productos, los cuales se ha de ser un experto profesional en conocimientos financieros y no económicos.

A mayor abundamiento y examinando los contratos suscritos, en los mismos no se hace referencia de manera expresa a la posibilidad de cancelación del producto y ni siquiera cuál podría ser el importe para hacer efectivo frente a una cancelación futura, observándose con ello una falta de información absoluta del producto contratado.

La conclusión a la que se puede llegar es que si te ofrecen un producto que sirve para cubrirse de los riesgos y que no tiene ningún coste, ¿ piensas que te va a suponer algún pago periódico?. Evidentemente no. Y hay que hacerse esta pregunta de una forma

tan simple y llana porque estamos ante un cliente no profesional y que cuando va a contratar un préstamo y le ofrecen este producto, lo más normal es que piense de esta forma lógica.

No es reprochable tampoco que el no se leyera probablemente el contrato porque seguramente no lo habría entendido o al menos no habría deducido de todo el clausulado el resultado al que se ha llegado. **Además tratándose de un no profesional en esta materia financiera y no económica, no puede depositarse la información en la letra del contrato sino que la entidad financiera debe explicar de palabra y con ejemplos los posibles efectos del producto. Dentro de la contratación adjunta no hay ningún ejemplo numérico que permita hacerse a la idea de lo que podía llegar a ser el pago de una liquidación por lo que no puede saberse el alcance de esas supuestas simulaciones.**

Hay que tener muy presente que no fue la demandante la que solicitó un producto para protegerse frente a la subida de los tipos de interés. Resulta absurdo pensar que una persona no profesional del sector financiero solicite este producto y más cuando ni siquiera tiene conocimientos financieros.

Por ello está justificado que no se leyese el contrato y más cuando el mismo se comercializó por teléfono, al igual que nadie se lee el seguro de vida o de hogar asociado al préstamo hipotecario.

Esta es también la "gran jugada" de las entidades que venden estos productos ya que aprovechan la petición de financiación para "introducir" el SWAP como algo adjunto, accesorio, adicional pero sin coste adicional alguno. Ello envuelve al SWAP de una apariencia inocua y facilita la aceptación del cliente en una suerte de "trampa" bien tejida por la entidad de crédito demandada.

Precisamente este contexto o escenario contractual se une al uso de conceptos confusos como "cobertura" y "sin costes" y todo ello provoca un error esencial en el cliente.

Por todo ello puede considerarse que la poca o nula información suministrada, el contexto en el que se contrató, la redacción del contrato así como la denominación del producto han provocado un error a la hora de contratar ya que no es una empresa profesional del sector financiero.

La demandante, creyendo que se trataba de un producto de seguridad para sus intereses y sin entender su componente especulativo lo contrató. Es evidente que el cliente debió obtener una mejor información para formar su voluntad y cabe aceptar que si hubiese conocido mejor los efectos de este producto y su verdadera naturaleza especulativa, no lo hubiese contratado, porque no se ha demostrado que necesitase

realmente ese tipo de protección y porque no consta que haga inversiones en productos especulativos habitualmente, sin olvidar que uno de los motivos por el cual dicho contrato fue suscrito, fue por la estrecha relación de confianza que unía a la empresa demandante con la entidad bancaria.

SEPTIMO.- La finalidad o el objeto del contrato es esencial y por ello el error sobre este punto bastaría para estimar la demanda. No obstante, también hay otros elementos fundamentales sobre los que debe darse una información adecuada. Se trata de la evolución o comportamiento del Euribor, como tipo de interés de referencia de la operación y del cual derivan las liquidaciones, y de las condiciones para desvincularse del contrato.

Respecto a la información sobre el **Euribor** es un índice que fue creado en junio de 1999. No es el cliente el que debe conocer la evolución histórica del índice ya que no se trata de un profesional y no basta con que se aporten unas gráficas sobre ello sino que deben ser explicadas.

La SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 2010 a la cual se remite la SAP de Palma de Mallorca, sección 5, del 22 de Julio del 2011 (ROJ: SAP IB 1610/2011), pone de manifiesto que la información relevante no es lo obvio, es decir, que si suben los tipos paga la entidad financiera y si bajan paga el cliente. Lo relevante es la información sobre la evolución de los tipos y su previsión: "Es evidente que ostentado el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de intereses aplicables a uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas de tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable, y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.

De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato, y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo una variable referencial, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial. ...La información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial . Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no sus intereses. Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información, mientras el Banco si las posee".

El banco es el que debe explicar lo que significa el producto que se va a contratar y lo que en su opinión va a suceder, algo que no se explicó por , o al menos no resultó acreditado por la entidad bancaria y no costa ni mediante un folleto ni en el contrato. Pero llegados a este punto en el que la entidad decide recomendar a su cliente este producto, debemos preguntarnos qué sabe dicha entidad sobre el futuro del índice de referencia y qué transmite al cliente.

Como ha indicado anteriormente el presente Juzgador, otro elemento esencial sobre el que no se ha informado en modo alguno es **la cantidad que debería satisfacerse en caso de vencimiento anticipado del contrato o coste de cancelación**, ni siquiera el importe correspondiente para llevar a cabo la cancelación.

Pues bien, comprobado que existe un coste de cancelación, está demostrado que no se informó al cliente del importe que resultaría de dicha cancelación.

Como decía al hablar de la regulación normativa, la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su norma 3ª, punto 1, párrafo cuarto se indica que "En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad". Así, en los contratos deben reflejarse las indemnizaciones o penalizaciones por incumplimiento o para compensar el lucro cesante, algo que tal y como he analizado no ocurre en el presente caso ya que la explicación del cálculo es críptica y no permite conocer la cantidad aproximada que supone esa penalización.

Pero vamos a detenernos en el coste de cancelación ya que este coste coloca a los SWAP en peor condición que la inversión en bolsa que es de las más arriesgadas que existe.

Pensemos que cuando se invierte en bolsa, es posible limitar las pérdidas vendiendo las posiciones antes de que el valor de las acciones descienda más. Una vez comenzada la tendencia a la baja de las acciones, es posible venderlas para limitar las pérdidas.

Resulta que en el SWAP esto no es posible ya que cuando el cliente se quiere desvincular del contrato, se le exige el pago de un coste de cancelación que es el equivalente a los pagos que se deben hacer si los tipos de interés de mantuviesen en esa situación el resto de la duración del contrato. No se pueden limitar las pérdidas. ¿Alguien

firmaría este contrato sabiendo que para resolverlo debería pagar el importe de las liquidaciones negativas a lo largo del periodo de tiempo restante? Nadie. De hecho se llama al contrato "cobertura de riesgos", que por mucho que se quiera diferenciar del concepto "seguro", es una terminología que cualquier persona normal lo entendería como tal. Así, entendiendo que se trata de un seguro para proteger nuestra financiación, aun sabiendo que es posible que nos suponga algún pago, lo que es impensable es que no podamos separarnos de él. Es más, aunque este producto se supone que va asociado al endeudamiento del cliente, aunque éste amortice sus préstamos anticipadamente, el SWAP sigue operativo y no se cancela.

No cabe duda de que la omisión de esta información induce a error porque si el cliente conociese el alcance de la vinculación y el coste de cancelación, no hubiese contratado.

OCTAVO.- Con respecto a la justificación del error, en cuanto a si el error es excusable, hay que decir que nos encontramos ante un tipo de contratación muy especial por lo que no es posible hablar de diligencia normal puesto que una persona media, con formación media y empleando la diligencia adecuada, normalmente no comprende un contrato de estas características, vuelvo a repetir, el no disponía ni de conocimientos ni de cualificación necesaria para valorar correctamente los riesgos de los productos complejos contratados, o al menos no ha quedado acreditada, no por ello ya debe tener la obligación de conocer y comprender los innumerables contratos de inversión financieros existentes en el mercado, por ello no bastará con la letra del contrato ni su lectura sino que es precisa una información adicional, concreta, precisa, clara, con ejemplos y advertencias.

Esto hace que la forma en la que proporcionó la información, su contenido y la falta de aportación del dossier o cálculos permitan considerar el error como excusable y no imputable al cliente.

Hay quien de forma simplista entiende que si el cliente firma el contrato debe asumir sus consecuencias por no haberse asesorado debidamente. Aparte de que el SWAP lleva aparejadas muchas implicaciones económicas que ya hemos visto y que escapan de los conocimientos del ciudadano medio, hay que tener presente que no es posible exigir que el firmante de un contrato deba asesorarse por un experto. Si se exige este tipo de asesoramiento dejaremos vacía de contenido la institución de los vicios de consentimiento ya que siempre es posible hacerse acompañar de un experto de cada materia para la firma de los contratos. Evidentemente la exigencia del error excusable no puede entenderse como la posibilidad de asesorarse por un profesional. Ni tan siquiera el hecho de que el cliente se lleve el contrato a su casa puede dar lugar a esta exigencia ya que se hace recaer el deber de informarse sobre el usuario de banca cuando en realidad los deberes de información se imponen normativamente a las entidades de crédito, como ya hemos visto.

Hay que destacar como incluso *sentencias como la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5, de 20 de Junio del 2011* (ROJ: SAP Z 1415/2011) han exigido información precisa al cliente minorista incluso aun cuando se trataba de un corredor de seguros y por lo tanto con cierta formación en este tipo de materias.

NOVENO.- Visto todo lo anterior y apreciado el error excusable sobre elementos esenciales del contrato, el efecto es la nulidad de los contratos marcos de operaciones financieras y su confirmación posterior.

En atención a todo ello y 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 de los contratos relativos a operaciones financieras, los cuales aparecen recogidos en la Tabla I del folio nº 7 de la demanda (folio nº 7 de las actuaciones) suscritos entre _____ y BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. **y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir, con la obligación de las partes de restituirse las cantidades correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente (SAP de Girona, sección 1, de 27 de Julio del 2011 - ROJ: SAP GI 983/2011).**

Como consecuencia de lo previamente expuesto y trasladado la totalidad de las consideraciones señaladas precedentemente al supuesto objeto de enjuiciamiento, es patente que habrá de estimarse la acción ejercitada por la demandante, siendo reconocido que el fundamento básico de la acción ejercitada por la parte actora ha quedado acreditado y ello habrá de abocar de manera ineludible a la estimación de la demanda.

DECIMO.- Por lo expuesto, procede la estimación de la demanda, declarando la nulidad de los contratos referidos en la Tabla I de la demanda y efectos derivados, con las consecuencias que impone el artículo 1303 del Código Civil, imponiendo a la parte demandada el abono de las costas, tal como dispone el artículo 394 del Cc.

En su virtud, vistos los artículos citados del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **ESTIMANDO INTEGRAMENTE** la demanda deducida por la Procuradora Dña. Itziar Mujika Atorrasagasti en nombre y representación de _____ frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., con los pronunciamientos siguientes:

1.- **DECLARAR LA NULIDAD** de los contratos financieros designados en la tabla I de la demanda (folios nº 7), debiendo efectuarse la restitución recíproca de las prestaciones, consistiendo en la devolución de las cantidades recibidas por las liquidaciones cobradas por los contratos swaps y la cancelación de la póliza de crédito nº 050 – 00441 – 40 sin coste alguno para la demandante, con entrega por parte de la actora

de las acciones de Banco Popular depositadas en las cuentas de valores referenciadas en el Documento nº 21 de la demanda, más los intereses legales que se hubieran devengado.

2.- Se condena a la demandada a abonar las costas del presente procedimiento.

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 2812-0000-04-0037-17, 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 15ª 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. MAGISTRADO(A) que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a veintiocho de marzo de dos mil dieciocho.