

## **J.PRIMERA INSTANCIA Nº1 DE TORREMOLINOS (ANTIGUO MIXTO Nº1)**

AVDA. PALMA DE MALLORCA, 24

PRIMERA PLANTA

Tlf: 952919109/06///600155129/130, Fax: 951045321

Número de Identificación General: 2990142C20130003673

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 672/2013. Negociado: EA**

### **SENTENCIA Nº 117/2014**

En Torremolinos a diecisiete de junio de dos mil catorce.

Han sido vistos por Doña Laura López García, Juez de Refuerzo del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Torremolinos, los autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado con el número 672/2013 a instancia de XXXXX representado por la procuradora Doña Gema Amada Martín Rosa y con la asistencia letrada de Don Rajesh Suresh Chellaram frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. representado por el procurador Don José Domingo Corpas y con la asistencia del letrado Don Rafael Medina Pinazo.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte demandante solicita que se dicte sentencia por la que: 1) Se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés que se acompaña como documento número 1, así como la nulidad del documento número 8 de 22 de marzo de 2010, vinculado causalmente y consecuencia de aquel. 2) Con carácter subsidiario, que se declare la nulidad de las cláusulas relativas al vencimiento anticipado incluidas en el contrato de permuta financiera de tipos de interés, y por ello la nulidad del contrato y del documento de 22 de marzo de 2011, consecuencia del primero. 3) En caso de estimación de 1) o 2), que se condene a la demandada a devolver las cantidades que haya cargado desde el principio la demandada, descontando las abonadas, consecuencia de la restitución recíproca de las cosas por aplicación del artículo 1.303 del Código Civil, por importe total de 40.148,57€. 4) Condenar a la demandada al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial. 5) Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada. Y ello con base a los siguientes hechos que se exponen de forma sucinta: 1.- Que el 14 de marzo de 2007 el demandante celebra un contrato de permuta financiera de Tipo de Interés (IRS) que le fue ofrecido, recomendado y explicado por los empleados de Banco Popular Español S.A., más concretamente por el director de la sucursal, XXXXX. 2.- Que la operación se le ofreció como una cobertura de los tipos de interés, sin informarle sobre los riesgos de la misma, sin entrega de ninguna otra documentación, dossier informativo, ni simulaciones, y sin informarle adecuadamente de los costes que le supondría la cancelación anticipada del producto, por lo que solicita la nulidad del swap y de la cláusula de cancelación anticipada. 3.- Que el resultado final del contrato, restando el abono recibido a los cargos realizados, es una pérdida de 40.148,57€, para evitar incurrir en mora y verse embargado, XXXXX suscribió dos contratos de préstamo con la entidad demandada para poder pagar las

liquidaciones negativas. 4.- Que el 22 de marzo de 2011, XXXXX, hijo del demandante y actuando en su nombre y representación, pues el mismo se encontraba en la India, gestionó y firmó el segundo préstamo y un documento de cancelación del producto. 5.- Que la falta de información generó error esencial y excusable y por tanto el consentimiento prestado incurre en un vicio que determina la nulidad del contrato SWAP, de la cláusula de cancelación y del documento de cancelación.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, se persona en los autos, contesta a la demanda y se opone a la misma por los siguientes motivos que se reproducen de forma sucinta: 1.- Alega excepción de inexistencia de objeto procesal, falta de legitimación activa, caducidad de la acción y extinción de la acción ejercitada. 2.- Que el contrato de permuta financiera suscrito por el actor y Banco Popular es un negocio jurídico de fácil comprensión y su mecánica es sencilla. 3.- Que el demandante es una persona de evidentes conocimientos financieros acostumbrado a operar con productos bancarios de diversa índole y que desempeñaba actividades de venta al por menor y al por mayor a través de intermediación de productos de bisutería con una importante cadena de hoteles internacionales. Además, el hijo del actor está casado con una interventora del BBVA con la que el director de la sucursal de Torremolinos comentó las incidencias y la conveniencia de suscribir este producto. 4.- Que el producto se ofreció como un instrumento de cobertura para protegerse ante las subidas de interés y con una información completa de los riesgos que conllevaba la operación. 5.- Que de haber concurrido error en el consentimiento prestado a la fecha de celebración del contrato este había desaparecido desde el momento en que se le informó debidamente tras la primera liquidación positiva por lo que el actuar del demandante constituye una grave violación de la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios. 6.- El documento número 8 constituye una confirmación del SWAP suscrito y constituye una renuncia a reclamar al banco cualquier cuestión relacionada con el mismo. 7.- Que carece de sentido solicitar la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada, pues se trata de un contrato que ya está vencido y que no produce efectos, ni se ha hecho uso de la misma, ni se ha producido ningún efecto negativo. 8.- Por todo ello solicita la estimación de las excepciones procesales planteadas en su escrito de contestación y para el supuesto de que no se estime ninguna de las anteriores excepciones, y previos los trámites pertinentes, se desestime la demanda interpuesta de contrario, en todos sus pedimentos, absolviéndose a Banco Popular, con condena expresa en costas a la parte demandante.

**TERCERO.-** Celebrada la preceptiva Audiencia Previa sin que se alcanzase acuerdo alguno, y solicitado el pleito a prueba, se propusieron y admitieron las que constan en autos y se señaló día y hora para la celebración del juicio.

**CUARTO.-** En el día y hora señalado se celebró el Juicio, en el que tras practicarse la prueba admitida, se formularon las conclusiones orales por los abogados de las partes y se declararon los autos conclusos para sentencia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Inexistencia de Objeto procesal, falta de legitimación activa.

La parte demandada alega que la pretensión de la parte actora carece de objeto,

porque a la fecha de presentación de la demanda ya había transcurrido el plazo de vencimiento natural de la operación, por tanto, pretende que se declare la anulabilidad de un contrato que a la fecha de presentación de la demanda no existía. Esa falta de objeto procesal, determina, asimismo, la falta de legitimación activa para accionar frente a la demandada.

Frente a ello, la parte demandante, sostiene que el objeto procesal existe, y consiste en el contrato firmado por las partes, lo que determina la legitimación activa.

La excepción de inexistencia de objeto procesal y de falta de legitimación activa deben desestimarse, y ello porque la parte demandante ejercita una acción de anulabilidad de un contrato. Por tanto, sostener que el proceso carece de objeto porque a la fecha de interposición de la demanda ya había transcurrido el plazo de vencimiento natural de la operación, no puede estimarse, pues en el presente caso, la pretensión aparece delimitada objetiva (contrato y petición de anulabilidad) y subjetivamente (sujetos contratantes) y la pretensión se ha formulado ante un tribunal competente y frente a los sujetos a quienes puede afectar la decisión pretendida (artículo 5 de la LEC). Asimismo, el artículo 10 de la LEC establece que: “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”. Por tanto, ejercitada una acción de anulabilidad de un contrato celebrado el fecha 14 de marzo de 2007 entre XXXXX y Banco Popular Español S.A., resulta incuestionado, que la parte material de la relación jurídica controvertida coincide con la parte procesal, única legitimada para suscitar mediante el proceso una cuestión litigiosa respecto de dicha relación jurídica. Por tanto, determinada la existencia de objeto procesal y acreditada la legitimación activa procede desestimar la excepción procesal planteada.

#### **SEGUNDO.- Caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada de contrario.**

La parte demandada sostiene que la acción de nulidad por vicio de consentimiento es una acción de anulabilidad y no de nulidad radical, acción que ha caducado, pues ha transcurrido el plazo de 4 años que el artículo 1301 del Código civil establece como plazo de caducidad de la acción, computado desde la consumación del negocio jurídico y en el presente caso, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo, el inicio de la fase de consumación se produce en la primera liquidación (14 de marzo de 2008), por lo que la acción habría caducado el 14 de marzo de 2012 y la demanda se interpone un año después.

Frente a ello, la parte demandante sostiene que la caducidad de la acción en los contratos de tracto sucesivo empieza a correr a partir de la última liquidación del contrato, es decir, en el año 2011, y no en la primera liquidación como se dice de contrario, por tanto la acción no ha caducado.

En el presente caso se ejercita una acción de anulabilidad de un contrato por error en el consentimiento.

El artículo 1301 del Código civil establece que “La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr en los casos de error, dolo o falsedad de la causa desde la consumación del contrato”. Norma que ha sido interpretada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de septiembre de 2006 y ha precisado que “*el plazo fijado en el artículo 1301 del Código Civil es aplicable a las acciones ejercitadas para*

*solicitar la declaración de nulidad de los contratos y demás negocios jurídicos que adolezcan de alguno de los vicios que los invaliden”. Por tanto, la acción ejercitada se fundamenta en uno de los vicios que invalida el consentimiento contractual (error, dolo, violencia, intimidación) y dicha acción está sujeta al plazo de prescripción de 4 años del artículo 1301 del Código Civil.” Plazo, que a pesar de haber sido calificado por ambas partes como plazo de caducidad, es un plazo de prescripción, pues así ha sido calificado por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, como la sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2008, de 22 de febrero de 2007 o de 1 de febrero de 2002 entre otras, que establecen que “el plazo de 4 años que establece el artículo 1301 del Código Civil es un plazo de prescripción y no de caducidad”, error en la calificación que no impide a esta juzgadora examinarla, pues la excepción erróneamente calificada ha sido alegada por la parte demandada y el error en la calificación no afecta al contenido de la excepción alegada, por tanto no va a ser examinada de oficio.*

En cuanto al cómputo del plazo de prescripción del artículo 1301 del Código Civil, la Sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2003, declara que *“El artículo 1301 del CCivil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr desde la consumación del contrato. Este momento de la “consumación” no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes”.... Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala afirmando que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo”.* Por tanto, tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el artículo 1301 del Ccivil.

En el presente caso, la acción que se ejercita se sustenta en la afirmación de la existencia de vicio de consentimiento-error- por lo que ha de estarse al contenido del artículo 1301 Ccivil y a la interpretación que de la norma hace el Tribunal Supremo apuntados en los párrafos precedentes, por lo que sólo puede considerarse consumado cuando se han cumplido todas las obligaciones que de él se derivan por parte de ambas partes, y como el contrato de cuya anulabilidad se trata se formalizó el 14 de marzo de 2007, practicándose la primera liquidación en día 16 de marzo de 2009 , la segunda liquidación en marzo de 2010 y la tercera liquidación en marzo de 2011, habiéndose presentado la demanda el 15 de mayo de 2013. Con estos antecedentes no puede entenderse prescrita la acción al no haber transcurrido el plazo de 4 años computados desde la consumación del contrato. Criterio que han mantenido La Audiencia Provincial de Barcelona Sección 16 en Sentencia de 26 de septiembre de 2012, Audiencia Provincial de Asturias Sección 7 Sentencia de 3 de febrero de 2012, Audiencia Provincial de Madrid sección 19 Sentencia de 15 de julio de 2013, Audiencia Provincial de Burgos Sección 3 Sentencia de 16 de abril de 2014 o la Audiencia Provincial de Gijon Sección 7 en Sentencia de 30 de abril de 2014, entre otras.

**TERCERO.- Extinción de la acción ejercitada.**

La parte demandada sostiene que en marzo del año dos mil once, las partes firmaron

un documento por el que se comprometían a renunciar a iniciar cualquier reclamación judicial o extrajudicial con relación al contrato de permuta financiera de tipo de interés. Lo que supone una confirmación o ratificación del contrato cuya anulación se pretende, por lo que la confirmación produce la extinción de la acción de nulidad ejercitada (artículo 1309 del Código Civil).

No obstante, la parte demandante afirma que tal alegación no impedirá entrar a examinar la cuestión de fondo planteada.

La excepción procesal debe desestimarse, y entiendase dicha decisión en el sentido de que resulta imposible estimar la excepción procesal alegada sin realizar un análisis valorativo de la prueba practicada en juicio, pues la actora solicita la declaración de nulidad del documento de cancelación, cuestionándose que la confirmación haya sido válidamente ejecutada por un consentimiento no viciado es necesario entrar a examinar el fondo del asunto para determinar si la acción ejercitada quedó o no extinguida por una válida confirmación.

**CUARTO.- Error en consentimiento. Contrato de Permuta financiera de tipos de interés (SWAP).**

El consentimiento de los contratantes es uno de los elementos esenciales de todo contrato (artículo 1261 del Código Civil), consentimiento que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa de lo que ha de constituir el contrato (artículo 1262 del Código Civil). La prestación del consentimiento válido, libre y eficaz requiere que los contratantes hayan tenido un completo conocimiento de lo que significa el contrato, para ello será necesario que los contratantes hayan recibido una adecuada información para poder ser plenamente conscientes de las obligaciones que van a asumir y de las prestaciones que van a recibir a cambio.

El contrato objeto de la litis, contrato de permuta financiera de tipos de interés (SWAP), es un contrato atípico, bilateral, sinalagmático, aleatorio o especulativo, de tracto sucesivo y de duración determinada. En relación al mismo, el Tribunal Supremo ha afirmado en Sentencia de 20 DE ENERO DE 2014 *“que nos encontramos ante un producto financiero complejo, cuya complejidad propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que provoca la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Necesidad de protección que se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aseptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto”*. En la citada sentencia, también se afirma que *“si bien el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. Siempre y cuando, evidentemente, recaigan sobre el contenido esencial del contrato representado en este caso con los concretos riesgos asociados a este tipo de contratación”*.

Por tanto, será necesario analizar si la entidad demandada cumplió con las obligaciones de información al cliente que le imponía la legislación vigente en el momento de la celebración del contrato, pues en el presente caso la controversia gira en torno a si existió o no falta de información que provocó en el demandante un evidente error sobre la sustancia del objeto del contrato, error que según el artículo 1265 del Código Civil determinaría la nulidad del contrato por haberse prestado un consentimiento viciado.

Los contratos de permuta financiera anteriores al 1 de noviembre de 2007 se regían por el contenido del artículo 79 de la LMV en la redacción dada con anterioridad a la reforma operada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, así como por el artículo 16 del Decreto 629/1993, además de la sujeción a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y si el cliente es un consumidor a la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, establecía: “1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. e) ***Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.*** f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes. g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto. Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe. h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste. Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros. 2. Con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica, se habilita al Ministro de Economía para regular las especialidades de la contratación de servicios de inversión de forma electrónica, garantizando la protección de los legítimos intereses de la clientela y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las empresas de servicios de inversión y su clientela”.

Por otro la exposición de motivos del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios indica que: “en la sección quinta, respondiendo al principio del derecho de información del cliente, se regula el alcance del mismo, de manera que exista un mínimo de información a disposición de los clientes en relación con las operaciones contratadas.” Sección que estaba integrada por un solo precepto, el artículo 16, que establecía: “**1. Las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación. 2. Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones.** En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado. **3.** El Ministro de Economía y Hacienda determinará los supuestos, el contenido mínimo y periodicidad, en ningún caso superior al semestre, con que las entidades deberán remitir información a sus clientes en contratos de duración original superior al año o de duración indefinida. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes. La Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán requerir de las entidades la modificación de los modelos usados en la información a los clientes cuando la misma no cumpla las condiciones de claridad exigibles. **4.** Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, las entidades estarán obligadas siempre que lo solicite el cliente a proporcionarle toda la información concerniente a las operaciones contratadas por ellos.”

Teniendo en cuenta la normativa aplicable y centrándonos en la valoración de la prueba, ha resultado probado (interrogatorio del actor corroborado en este extremo por la testifical de XXXXX) que la parte actora suscribió el contrato de permuta financiera de tipos de interés que le fue ofertado por la entidad bancaria, asesorado por esta sobre la conveniencia del producto y en base a la relación de confianza existente entre las partes. De la prueba practicada, también ha resultado probado que XXXXX es una persona sin estudios básicos que a fecha de celebración del contrato tenía dos joyerías que las explotaba a través de una sociedad limitada, de la que es administrador único. No tenía ningún asesor en la empresa, ni consultó a su hijo o a su cuñada con carácter previo a la celebración del contrato, porque cuando tenía dificultades de pago acudía directamente a Banco Popular, del que era cliente desde hacía 38 años, y por tanto le asesoraban los mismos empleados de la entidad. XXXXXX no había contratado productos similares con anterioridad, de lo que cabe concluir que el actor es una persona sin conocimientos financieros.

En cuanto a la documental, la información sobre la negociación de derivados que recoge las condiciones particulares del contrato era la siguiente: “*Condición particular tercera: 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, 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 le corresponda cobrar por la liquidación del tipo de interés variable sobre el importe nominal. Asimismo sobre los supuestos de cancelación anticipada, el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera”.*

XXXXX no leyó dicha cláusula (así lo ha afirmado en juicio) y XXXXX (director de la sucursal que le ofreció el producto financiero) ha afirmado en juicio que “No leyó a XXXXX el contrato porque el contrato contenía muchas letras pequeñas”.

El documento número 2 de la demanda en el que se definen distintos productos financieros de cobertura de los tipos de interés, Banco Popular S.A. describe la cobertura IRS-SWAP como *“un producto que permite convertir el tipo de interés variable en fijo siempre que lo desee, y así eliminar los riesgos de las subidas de los tipos de interés”*. Y a la hora de describir sus características, indica lo siguiente: *“proporciona una cobertura total del riesgo de subidas del tipo de interés”*.

Corresponde a la entidad demandada la carga de probar que se facilitó a la parte actora una previa y completa explicación de los contratos litigiosos, sobre todo de los riesgos y costes que podía conllevar para aquella. Extremo que no ha resultado probado, en efecto, de la testifical de XXXXX, director de la sucursal que ofreció el producto y asesoró a XXXXX, se desprende que la información sobre los riesgos del producto que suministró a la parte actora brilló por su ausencia, conclusión que alcanza esta juzgadora de la valoración de la testifical prestada en juicio, XXXXX afirma “que el SWAP que ofreció al cliente no es un producto aleatorio o especulativo, que le explicó que era un producto beneficioso y también le informó los riesgos ya que le explicó como se fijaba el tipo de interés, lo que llevaba inherente los riesgos; que no recuerda si le hizo ejemplos o simulaciones, que no le leyó el contrato porque el mismo contenía muchas letras pequeñas, pero que es un contrato comprensible para cualquier persona y que cree que XXXXX entendió los riesgos”. Tales argumentos, unido a las declaraciones de XXXXX que ha negado en todo momento que recibiera información sobre los riesgos, unido al hecho incuestionado de que el actor acudió a la sucursal en cuanto recibió la primera liquidación (positiva, 800 euros) para que le explicaran el por qué de ese ingreso, conducen a esta juzgadora a entender que encontrándonos ante un cliente que no tiene conocimientos financieros en la materia, que se le informó que con ese producto se le proporcionaba una cobertura total del riesgo de subidas de interés (documento 2), que el empleado del banco no le dio una información completa de los riesgos y que con la lectura del contrato (condición particular segunda) tampoco podía comprender el alcance obligacional del contrato suscrito al carecer de una capacidad adecuada, conducen a concluir que:

1) Banco Popular Español S.A incumplió la obligación de informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. (artículo 16 Real Decreto de 3 de mayo de 1993) y tampoco se aseguró de que su cliente estuviera adecuadamente informado (artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores), pues no informó adecuadamente de los reales riesgos que conllevaba el SWAP, ni del coste de cancelación



anticipado del producto.

2) Que como consecuencia de ese incumplimiento, XXXXX contrató la operación financiera litigiosa con un consentimiento viciado por un error que recaía sobre el objeto principal del contrato y que era esencial, pues se le ocultó el verdadero riesgo de la permuta, error que era totalmente imputable al banco y por ende excusable para dicho cliente.

**QUINTO.- Convalidación. Documento de cancelación del producto.**

En cuanto a la convalidación tácita, dicho mecanismo de exclusión de la acción de invalidación requiere del conocimiento de la causa de nulidad por parte de quien desarrolla un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla y además que la misma haya cesado, conforme establece el artículo 1311 Ccivil, de lo actuado no se desprende circunstancia alguna que permita fundar la presunción de que el actor consintiera los sucesivos cargos efectuados en su cuenta por el banco en la convicción de la plena validez del SWAP, antes al contrario, ha resultado probado que XXXXX acudió a la oficina tras la primera liquidación (positiva) para pedir explicaciones porque desconocía el por qué de ese ingreso en su cuenta corriente, que también acudió tras las posteriores liquidaciones (negativas), momento en el que comprendió el alcance obligacional del contrato suscrito, viéndose obligado a pedir dos préstamos a Banco Popular para hacer frente al pago de las liquidaciones y evitar incurrir en mora y verse embargado, pero en cualquier caso, la firma de esos contratos no puede entenderse que responda a una convalidación válida y eficaz del contrato suscrito en fecha 14 de marzo de 2007, pues tales actuaciones respondían a la necesidad imperiosa de hacer frente al pago de las liquidaciones giradas por el banco para evitar incurrir en mora.

Otro tanto cabe señalar del documento número 8, documento de cancelación, que fue firmado el 22 de marzo de 2011 en la sucursal bancaria, por XXXXX en nombre y representación de su padre, XXXXX que se encontraba en la India por asuntos familiares, y por XXXXX y XXXXX (empleados de Banco Popular), contrato por el que *“Las partes deciden resolver de mutuo acuerdo el contrato suscrito en fecha 14 de marzo de 2007, para lo cual acuerdan: 1.- Mediante el presente acuerdo y desde esta misma fecha, queda cancelado el contrato de permuta financiera. 2.- Cada parte reconoce que no existe cantidad alguna que la otra parte le deba en virtud de dicho contrato y, en consencuencia, ambas partes manifiestan que nada tienen que pedir ni reclamar a la otra en relación al citado contrato de permuta financiera de tipos de interés, renunciando a iniciar cualquier tipo de reclamación, judicial o extrajudicial, con base en el mismo.”*

En relación al citado documento, el actor ha afirmado que cuando su hijo acudió a la notaría para suscribir el segundo préstamo, los empleados del banco le dijeron (él se lo comunicó por teléfono porque se encontraba en la India) que debía firmar ese documento para que le dieran la póliza, por eso lo firmó.

XXXXX ha afirmado en juicio “que el cliente pidió cancelar el producto, que fue el cliente el que pidió un documento por el que se extinguieran las liquidaciones, y ese documento lo firma el cliente para quedarse con más tranquilidad de que ya no le iban a cargar más liquidaciones posteriores. Ese documento es un modelo tipo de la entidad bancaria para extinguir el producto”.

Por su parte, XXXXX, interventora del Banco Popular ha afirmado en juicio que el objeto del documento número 8 es evitar que se cargaran más liquidaciones negativas al cliente.

De la valoración conjunta de la prueba practicada en juicio resulta probado, que la tercera y última liquidación vencía el 14 de marzo de 2011 (documento número 1), que XXXXX solicita un segundo préstamo a Banco Popular para hacer frente al pago de la tercera liquidación pero como se encontraba en la India, la gestión de esa tercera liquidación se realiza por su hijo, XXXXX, quien acude a la notaria y firma el préstamo en nombre y representación de su padre, precisamente allí, en la notaria, los empleados del banco le informan que debe acudir a la sucursal para firmar un documento de cancelación. El día 22 de marzo de 2011, XXXXX firma el documento en nombre y representación de su padre y tras ello Banco Popular abona los 24.000€ en la cuenta corriente del actor y el mismo día 22 de marzo de 2014 cargan la tercera liquidación en la cuenta corriente del actor (documento número 7). Que los empleados del banco informaron a XXXXX y éste a su padre que la firma del documento respondía a la necesidad de extinguir el producto, pues mientras no lo firmara no le ingresaban el dinero en la cuenta, y ello a pesar de que la tercera y última liquidación vencía el 14 de marzo de 2014 y por tanto la entidad bancaria no podría girar nuevas liquidaciones, por tanto, resulta probado que el actor prestó un consentimiento viciado por un error imputable a la entidad bancaria que informó sobre la necesidad de firmar un documento para extinguir un producto que había vencido el 14 de marzo de 2014 (8 días antes) y evitar nuevas liquidaciones, cuando resulta que la última liquidación que podía girar la entidad vencía en fecha 14 de marzo de 2014, por todo ello no puede más que declararse probado el vicio del consentimiento alegado y declararse la nulidad del citado documento.

#### **SEXTO.- Conclusión.**

Acreditado el vicio del consentimiento, resulta obligada la declaración de nulidad del documento de cancelación del producto suscrito por las partes en 22 de marzo de 2011, así como la declaración de nulidad del contrato de permuta financiera de intereses suscrito por las partes el 14 de marzo de 2007, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el artículo 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior. Es por ello, que debe condenarse a la entidad demandada a devolver las cantidades cargadas a la demandada, descontando las abonadas, por importe total de 40.148,57 euros, cantidad que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de la demanda (15 de mayo de 2013) e incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia ( artículo 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil, artículo 576 LEC).

**SÉPTIMO.-** Estimada íntegramente la demanda procede imponer las costas a la parte demandada (artículo 394 de la LEC).

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

**FALLO**

Se estima íntegramente la demanda interpuesta por XXXXX frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. con los siguientes pronunciamientos:

1.- Que debo declarar y declaro la nulidad del documento de cancelación suscrito por XXXXX y Banco Popular el 22 de marzo de 2011.

2.- Que debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre XXXXX y Banco Popular el 14 de marzo de 2007.

3.- Que debo condenar y condeno a Banco Popular a devolver a XXXXX la cantidad total de 40.148,57 euros, cantidad que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de la demanda (15 de mayo de 2013) e incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia.

4.- Se condena a Banco Popular Español S.A. al pago de las costas de esta instancia.

Contra esta resolución cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de MALAGA (artículo 455 L.E.C.). 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, limitado a citar la resolución apelada, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 458 L.E.C.).

Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de Banco Santander nº 3037 0000 04 0672 13, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación seguido del código '02', de conformidad en lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de 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./Sra. MAGISTRADA JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en TORREMOLINOS, a diecisiete de junio de dos mil catorce.

*“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica*

*15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)*”.