

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO DOS DE VILLACARRILLO (JAÉN)

PROCEDIMIENTO: Juicio ordinario XXX/2014

SENTENCIA Nº 98/2015

En Villacarrillo, a 28 de Julio DE 2015.

Vistos por DON JOSE LUIS DELGADO CASADO, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Villacarrillo, los autos correspondientes al juicio ordinario XXX/2014, promovidos por DOÑA VICTORIA XXXXXX, representada por el Procurador de los Tribunales Doña Maria Isabel Soto Gonzalez, contra BANCO POPULAR, representado por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Lopez Palomares, constan en los mismos, los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sra Soto Gonzalez, en la representación antedicha, se presentó demanda de juicio ordinario con fecha 9 de Junio de 2014, que, tras ser turnada a este juzgado, dio origen al juicio ordinario registrado con el número 368/2014. En el suplico de dicha demanda se solicitaba que se dictase sentencia por la que:

1º.- se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interes "IRS", formalizado con fecha 11 de Enero de 2008, entre la parte actora y la entidad demandada, solicitando que dicha entidad sea condenada a estar y pasar por dicha declaración, con condena a la devolución o reintegro de las prestaciones reciprocas nacidas del mismo, quedando sin efecto alguno aquellas otras prestaciones economicas o liquidaciones que igualmente hubieran tenido su origen en el meritado contrato, de conformidad con lo prevenido en el articulo 103 del Código Civil y como consecuencia de ello se declare nulo y se revoque el contrato de prestamo de fecha 5 de marzo de 2013, nacido con causa del contrato

nulo. .

2º.- Alternativamente que se declare la resolución del meritado contrato de permuta financiera y el de préstamo, por incumplimiento de las obligaciones básicas de información que competen a la parte demandada con condena las cantidades que se han girado y abonado así como aquellas otras que están pendientes sobre las cuales habrá que declararse su inexigibilidad.

En cualquiera de los dos casos se solicita la condena al pago de los intereses legales y expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 31 de julio de 2014, se emplazo a la entidad demandada al objeto de que la contestase en el plazo de 20 días. Transcurrió dicho plazo sin que se verificara dicho trámite por lo que mediante diligencia de 10 de Noviembre de 2014 se procedió a la declaración en rebeldía de dicha entidad.

TERCERO.- Se convocó a las partes a la audiencia previa. Abierto el acto, el letrado de la parte actora se afirmó y ratificó en su escrito de demanda, y ambos letrados manifestaron la imposibilidad de llegar a un acuerdo y las partes propusieron los medios de prueba que consideraron oportunos, admitiéndose aquéllos que resultan pertinentes y útiles a los efectos del proceso.

CUARTO.- El juicio oral tuvo lugar y en dicho acto se practicaron los medios de prueba que fueron propuestos por las partes y admitidos en el acto de audiencia previa y una vez practicada la prueba, los letrados de las partes formulan sus conclusiones; y quedaron los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

PRIMERO.- Se ejercita por el Procurador de los Tribunales Doña Isabel Soto Gonnzalez, actuando en la representación antedicha, una acción de nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés IRS, que aparece firmado con fecha 11 de Enero de 2008, y por extensión y por ser consecuencia de éste el contrato de préstamo personal de fecha 5 de Marzo de 2013, cuya finalidad era la de atender las liquidaciones del contrato de permuta inicial, ambos firmados entre la actora y la entidad demandada y ello con fundamento en los artículos 1124, 1261 y ss, 1265 y 1266 del Código Civil, manifestando que dicho contrato se firmó mediando error. Por su parte la entidad demandada no contestó a la demanda, aun cuando se personó posteriormente y realizó alegaciones finales en el acto del juicio, negando la existencia de error alguno que pudiera provocar vicio del consentimiento solicitaba la desestimación de la demanda y la imposición de las costas a la actora.

Atendidos los escritos de alegaciones, y lo manifestado en la audiencia previa quedaron fijados los hechos controvertidos en determinar si existió error en el consentimiento cuando el demandante firmó el contrato por falta de información. En virtud de lo anterior, la nulidad del contrato puede resultar de apreciarse que el demandante incurrió en un vicio del consentimiento (error), en relación con la falta de información al cliente de las obligaciones que asumía.

Mantiene la actora que el contrato de permuta de intereses fue firmado sin fase precontractual alguna lo que hubiera asegurado una comprensión del tipo de contrato que se estaba firmando. Hay que recordar que a la firma del contrato, 11 de Enero de 2008, ya habían entrado en vigor las especiales exigencias de información y formalización del contrato impuestas a las entidades financieras a favor de los clientes minoristas, en los citados artículo 78 bis y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, ya que los mismos entraron en vigor el 21 de diciembre de 2007. Aunque antes de dicha entrada en vigor ya existía un deber legal de información por parte de las financieras que ofrecían este tipo de productos. En este sentido, conviene recordar la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén, de 27 de marzo de 2009, en su rollo de apelación nº 311/2008, que estimó la nulidad de un contrato de permuta financiera similar al que nos ocupa del año 2004, esto es, anterior a la entrada en vigor de los artículos citados de la LMV. En su fundamento jurídico cuarto indica la referida sentencia que *"Como puede observarse, a la vista de los documentos referidos, se trata de un contrato tipo, que como tal ha de ajustarse por la fecha de su redacción al Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El artículo 14.2 de la referida norma dispone que los contratos tipo deberán de contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustados en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. Pues bien, en primer término, y según lo preceptuado en el artículo 15.1 del mismo texto legal, resulta obligatoria la entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, porque precisamente lo suscrito fue un contrato tipo (...) En este sentido, el artículo 5.3 del Real Decreto que comentamos dispone que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrate. Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E, en su artículo 31, 2006/73, el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las*

empresas de servicios de inversión, deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 629/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas. Es de mencionar de igual modo el Real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril sobre medidas de reforma económica. En su artículo 19 dedicado a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios. El párrafo 1º del precepto dispone que las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. Asimismo el párrafo segundo establece que las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Además, las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativos a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictados al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito”.

Atendiendo contenido del contrato se observa que la condición general tercera impone una fase previa a la contratación de especial información al cliente: “El comprador (cliente) habrá solicitado al vendedor (banco), en el modelo correspondiente, la celebración de una operación IRS, señalando el/los importe/s nominal/es, el plazo de duración, la existencia de una única liquidación o de varias liquidaciones, las fechas de inicio o vencimiento de cada periodo de liquidación, y el tipo de interés fijo y tipo de interés variable de referencia. El vendedor informará al comprador de su aceptación o no de la operación propuesta. En caso de contestación afirmativa le entregará este contrato debidamente cumplimentado (...)”. Sin embargo, en este supuesto la fase previa y la contractual se concentran en un solo día, 11 de Enero de 2008, el demandante firma el contrato de permuta financiera, sin que conste en autos documento del banco referido a la aceptación propuesta.

SEGUNDO.- Teniendo en cuenta lo anterior es necesario entrar en la cuestión de si existió error en el consentimiento cuando el demandante firmó el contrato por falta de información.

El artículo 1266 del Código Civil (CC en adelante) dispone que “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”. Hay que

partir de los requisitos exigidos por la doctrina legal para que el error en que incurriese el contratante pueda determinar la nulidad del contrato. El consentimiento es un requisito esencial del contrato cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (*Sentencia T.S. 20 de abril de 2001*). El artículo 1265 del Código Civil sanciona con la nulidad del contrato (en estrictos términos jurídicos, debería decir "anulabilidad") los vicios del consentimiento como el error. Para que el error invalide el consentimiento, según el artículo 1266 del mismo cuerpo legal, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración. Es doctrina legal recogida en la *STS 10/4/99 de 6 de febrero, de 18 de abril de 1978*, que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (*sentencias de 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964, de 1 julio 1915 y 26 diciembre*), que no sea imputable a quien lo padece (*sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957*) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (*sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963*).

Además, para que el error del consentimiento invalide el contrato, además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el artículo 7 del Código Civil. Es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (*sentencia 4 enero 1982, de 18 febrero 1994*).

Por otra parte, la *sentencia de 30 mayo 1991* establece que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (*sentencias de 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968*), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él.

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

Es preciso también hacer referencia a la figura de los contratos de permuta de intereses. Las operaciones de permuta financiera o swaps ha sido definidos como contratos en los que dos agentes económicos acuerdan

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

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

La tendencia legislativa desde el año 2003 ha sido la de exigir un mayor grado de información y documentación de la operación por parte de las entidades que ofertan este tipo de contratos financieros a su clientes, sobre todo cuando estos se trata de minoristas. Así el artículo 78 bis y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, que introdujo la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la Ley 24/1988, distinguiendo el primero entre clientes profesionales y clientes minoristas de las empresas de servicios de inversión, y exigiendo el segundo que éstas soliciten información a los clientes de sus conocimientos y experiencia respecto al producto

contratado, para que adviertan de los riesgos que asumen con la contratación.

Como se ha dicho anteriormente, atendiendo contenido del contrato se observa que la condición general tercera impone una fase previa a la contratación de especial información al cliente: "El comprador (cliente) habrá solicitado al vendedor (banco), en el modelo correspondiente, la celebración de una operación IRS, señalando el/los importe/s nocional/es, el plazo de duración, la existencia de una única liquidación o de varias liquidaciones, las fechas de inicio o vencimiento de cada periodo de liquidación, y el tipo de interés fijo y tipo de interés variable de referencia. El vendedor informará al comprador de su aceptación o no de la operación propuesta. En caso de contestación afirmativa le entregará este contrato debidamente cumplimentado (...)". Sin embargo, en este supuesto la fase precontractual previa no existe y la contractual se concentra en un solo día, pues el 11 de Enero de 2008 el demandante firma y el contrato de permuta financiera, sin que conste en autos documento del banco referido a la aceptación propuesta.

Resta por determinar si el contrato de permuta financiera y la información suministrada al cliente por el Banco de Andalucía colma las exigencias legales en vigor a la fecha del contrato, y si éstas resultan insuficientes y condujeron a un error en la prestación del consentimiento del demandante. En el contrato aportado como documento nº 2 de la demanda no contiene la referencia a la información al cliente sobre "la negociación de derivados". El riesgo en el caso de las operaciones IRS objeto del presente contrato, consiste en que en conforme a la evolución que experimente el Tipo de Interés Variable durante la vigencia de la operación, el CLIENTE puede tener que pagar una cantidad correspondiente a la liquidación a Tipo Fijo superior a la que corresponda cobrar por la liquidación del Tipo de Interés Variable sobre el Importe 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".

Visto el contrato y cabe preguntarse si la información que contiene el mismo es suficiente teniendo en cuenta las características y nivel educativo del actor, que se ha establecido como el tercer parámetro a tener en cuenta para estimar si éste incurrió en error. En este sentido, la demanda afirma que la actora firmó el contrato que le presentaron en la sucursal sin explicación adicional alguna, dada su nula formación financiera, siendo cierto evidentemente que para comprender las cláusulas contenidas en el contrato, hay que tener unos conocimientos y formación de la que la actora carece, por lo que éste incurrió en error al contratar. Dichas circunstancias son negadas categóricamente por la entidad demandada. Sin embargo, tratándose el error de un vicio del consentimiento que afecta, lógicamente, al conocimiento y voluntad del demandante, la prueba que permitiría arrojar luz acerca de dicho extremo sería el interrogatorio de éste como parte. Dicho medio de prueba sólo la pudo proponer la parte demandada. Sin embargo, el Banco Popular no propuso en la audiencia previa el

interrogatorio del demandante, privando a éste Tribunal de la posibilidad de apreciar o valorar la formación financiera y conocimiento de lo contratado por parte del actor. Dicha ausencia probatoria perjudica a la entidad demandada en virtud de la carga de la prueba, por aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217.7 de la LEC.

Atendidas las anteriores consideraciones, se estima que concurre error en el consentimiento prestado por el actor, con la consecuencia de que ambas partes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses legales desde el momento de su percepción, al amparo del artículo 1303 del Código Civil, precepto éste que sirve igualmente para ampliar la declaración de nulidad al contrato de préstamo personal de fecha 5 de Marzo de 2013, cuya finalidad era la de atender las liquidaciones del contrato de permuta inicial. Asimismo y por aplicación del artículo 1124 del Código Civil, procede decretar la no exigibilidad de las operaciones que resten y que sean derivadas de dichos contratos.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 391 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se imponen las costas a la parte demanda.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, y en atención a todo lo expuesto.

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda promovidos por DOÑA VICTORIA xxxxx, representada por el Procurador de los Tribunales Doña Maria Isabel Soto Gonzalez, contra BANCO POPULAR, representado por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Lopez Palomares:

1º.- DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD del contrato de permuta financiera de tipos de interes "IRS", formalizado con fecha 11 de Enero de 2008, entre la actora y la entidad demandada, y la del contrato de préstamo personal de fecha 13 de Marzo de 2013.

2º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al Banco Popular a estar y pasar por dicha declaración, con condena a la devolución o reintegro de las prestaciones reciprocas nacidas de dichos contratos, quedando sin efecto alguno aquellas otras prestaciones economicas o liquidaciones que igualmente hubieran tenido su origen en los mismos contratos.

3º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al Banco Popular español al abono de los intereses legales de las liquidaciones efectuadas, desde la fecha del emplazamiento hasta la fecha de la sentencia y a los intereses procesales del artículo 576 de la LEC, desde el dictado de la misma.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL.

Notifíquese a las partes, con indicación de que contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación, que habrá de interponerse en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la misma por medio de escrito presentado antes este mismo Juzgado, con indicación de los pronunciamientos que se impugnan, para ante la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN.

Notifíquese personalmente esta sentencia a los demandados en situación legal de rebeldía.

Así por esta mi sentencia, que se insertará en el libro de autos definitivos y sentencias de este Juzgado, dejando certificación literal en los autos, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que doy fe.