

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3

CATARROJA (VALENCIA)

Plaza CORTES VALENCIANAS,S/N

TELEFONO: 961864921

N.I.G.: 46094-41-1-2017-0000019

Procedimiento: Asunto Civil 00005812017

SENTENCIA N° 481/2018

En Catarroja, a 21 de marzo de 2018

Vistos por mí, D.^a Nuria Ruiz-Tobarra, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Catarroja, los presentes autos de juicio ordinario seguidos en el presente Juzgado con el número 58/2017, a instancia de la mercantil [REDACTADA], representada por la Procuradora D.^a Paula Bernal Colomina, con la asistencia Letrada D. José Miguel Guillén Soria y D.^a Carmen Esteve Arce, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por la Procuradora D.^a Paula Cálabuig Villalba, con la asistencia Letrada de D. Alvaro Alarcón Dávalos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERQ.-Que por la representación de la parte actora se presentó demanda de procedimiento ordinario en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, solicitó se dictara sentencia por la que:

1. Declarar la anulabilidad del contrato de permuto financiera de tipo de interés swap de fecha 31 diciembre de 2007, por vicio en el consentimiento de mi mandante. Como consecuencia de ello, se condene a la entidad bancaria a abonar a mi mandante las cantidades abonadas que ascienden a la cantidad de 38.346,07 €, así como al pago de los intereses legales devengados por el importe indicado, a computar desde cada una de las liquidaciones practicadas por la demandada.

2. Subsidiariamente, declarar que la entidad bancaria demandada infringe la normativa bancaria aplicable y condene a indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios sufridos, concretados en la cuantía de 38.346,07 €, cantidad que, conforme al artículo 1108 del Código Civil, devengará el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda. Se condene a la demandada igualmente a las costas procesales de este procedimiento.

SEGUNDO.- Que en virtud de decreto se admitió a trámite la demanda, de la cual se dio traslado a la demandada, que la contestó en legal forma, interesando previa la alegación de hechos y fundamentos de derecho su desestimación.

TERCERO.- En la audiencia previa se ratificó la actora en el escrito de demanda,

solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

La parte actora se ratificó en la contestación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

CUARTO.- Que se citó a las partes al acto de la vista, practicándose la prueba con el resultado que obra en autos, consistente en la testifical de D. [REDACTADA] y la pericial de D. Juan Miguel Gálvez Hernández.

Formuladas las conclusiones, quedaron los autos pendientes de sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERQ.- En el escrito demanda se señala que el 31 diciembre de 2007 se formaliza entre la entidad bancaria y la parte actora el documento de confirmación de permuto financiera de cobertura de tipos de interés por importe de 300.000 € [REDACTADA] por importe de 300.000 € de fijo, pero con fecha de inicio del 31 de diciembre del año 2007 para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés del endeudamiento del cliente. Banco Popular propone la cobertura para la parte actora durante cinco años y por importe de 300.000 €, pero, sin embargo, no constan deudas con esas mismas características. El documento de confirmación de permuto financiera de tipo de interés no determina cuál es su finalidad. No hay ninguna referencia en el documento que establezca la relación entre el producto ofrecido y la deuda a cubrir, de forma que el cliente pueda ser consciente de los elementos que sean necesarios para la cobertura eficiente y que solo puede identificar a alguien con experiencia en el producto. El Banco de España en su propia página web ha determinado que la finalidad de los derivados en los casos de vinculación con otros productos bancarios, será de cobertura. Por lo que el resultado deberá ser, atendiendo a la finalidad por definición del derivado financiero ya expuesto en las manifestaciones del Banco de España, eliminar las fluctuaciones del interés que soporta el cliente en su deuda, transformar el interés devengado en un interés cierto, concretado en el contrato de permuto financiera, mediante las liquidaciones del derivado.

La peculiaridad del swap radica en que debe convertirse la incertidumbre del mercado o el tipo de interés de la deuda del cliente, en el interés determinado por el contrato de permuto.

Se aporta junto con la demanda informe pericial elaborado por el economista D. Miguel Gálvez Hernández, en el cual en su anexo V, se analiza la cobertura del producto sobre el préstamo mantenido con el Banco Popular, que recoge cuál ha sido el interés pagado frente al ofrecido por el documento de confirmación de permuto financiera de tipo de interés en cada período.

El perito concluye que no se consigue establecer el tipo de interés ofrecido por el swap, nuevo coste financiero, no siendo equivalente la contratación del swap conjuntamente con el préstamo a interés variable a la contratación de un préstamo a tipo fijo, como señala el Banco de España en el anexo I del informe pericial. En el documento de confirmación de permuto financiera de tipo de interés, bajo la condición que el Euribor a 12 meses, lo que

sobrepasaba, siempre se cumplió el 5,048% pero en cambio

soporía un interés en conjunto muy superior y diferente en cada periodo. Los préstamos que firmaban tanto el administrador como la propia mercantil actora tenía cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés o cláusulas suelo que transformaban el tipo de interés en fijo ante bajadas de tipo de interés por lo que el swaps iba resultar perjudicial en esos casos. El resultado de las liquidaciones de los productos considerados conjuntamente, es decir la cobertura no es la propuesta por el contrato. Se ofrece un tipo fijo del 5,048%, pero llega soporar un coste del 7,272%. La mercantil demandante ha llegado a pagar más de un 2,224% sobre el tipo de interés propuesto.

El contrato de permuta financiero de tipo de interés suscrito es de carácter especulativo, y por tanto no cumple su objetivo de gestión de riesgos.

En relación al contexto en el que se produjo la contratación se expresa en la demanda que la parte actora se dedicaba en el tráfico mercantil a la elaboración y comercialización de colecciones. En la fecha de suscripción del derivativo la parte actora tenía suscrito un contrato de arrendamiento financiero, concerniente a una maquinaria, que vencía en abril de 2012, por un importe de 198.450 €. El administrador único de la parte actora tenía un préstamo hipotecario con la entidad bancaria ahora demandada, por importe de 120.000 € con garantía la nave donde se desarrollaba la actividad. El gestor personal de la entidad Banco Popular contactó con el gerente de la parte actora al objeto de ofrecerle un contrato de permuta financiera de tipo de interés. Según la incompleta y deficiente información de dicho gestor se trataba de un seguro que se garantizaba a los clientes ante posibles subidas de los tipos de interés respecto del préstamo. A pesar de la falta de conocimientos específicos que tenía la parte actora sobre esta materia, y teniendo en cuenta que se trataba, según el gestor personal, de un seguro para garantizar la subida de tipos de interés, se firmó el 31 diciembre 2007 el referido contrato que se impugna.

El contrato de derivados financieros ha producido los costes a la parte demandante de 38.326,07 € en liquidaciones.

La parte actora incurrió en error al contratar el producto dado que nada se le indicó sobre un escenario de bajada de tipos de interés. El gestor personal de la entidad hizo caso omiso de la directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, MiFID, incorporada en España mediante la Ley 47/2007, de 19 diciembre, por la que se modifica la ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, y desarrollada en virtud del Real decreto 217/2008, de 15 de febrero, siendo ésta la regulación legal bancaria aplicable a fin de dotar del máximo nivel de protección a este tipo de clientes minoristas; no hay simulaciones, no hay folleto ni hay una explicación clara, completa, sencilla, de la naturaleza y su contratación fueran simultáneas en el tiempo, por lo que no se facilitó con carácter previo a su contratación y debida antelación inversión del cliente; la entidad de crédito fue la que tomó la iniciativa en la comercialización del producto, no hubo información del coste que podría suponer la cancelación en su caso, anticipado el producto.

La representación del Banco Popular español al contestar a la demanda planteó, como cuestiones de previo pronunciamiento, la caducidad de la acción.

El contrato de permuta financiera, suscrito en fecha 18 de junio de 2007, venció el 31

diciembre 2012. La acción de nulidad ejercida por la parte actora de conformidad con el artículo 1301 del Código Civil, a la fecha de presentación de la demanda el 4 de enero de 2017, se encontraba caducada. Aún asumiendo que la parte demandante no conocía los compromisos adquiridos en el momento en que se formalizó el contrato, dicho desconocimiento desaparecería por completo cuando el cliente percibió la primera liquidación negativa y/o con las posibles liquidaciones negativas o, en su defecto desde el vencimiento del contrato. Liquidación negativa de fecha 31 diciembre 2008 a pagar 799,10 €; liquidación negativa de 31 diciembre 2009 a pagar 5846,08 €; liquidación negativa de fecha 31 diciembre 2010, pagar 11.567,45 €; liquidación negativa de fecha 31 diciembre 2012 a pagar 10.719,70€; liquidación negativa de 31 de diciembre de 2012 a pagar 942,73 €.

Se plantea igualmente la falta de legitimación activa, de los actores para impugnar por error en el consentimiento del contrato de permuta financiera. Los actores no suscribieron el contrato cuya nulidad se pretende, y por ello no forman parte de la relación contractual supuestamente nula. El suscriptor de los contratos discutidos fue [REDACTED]

En tercer lugar, se plantea la indebida pretensión de reclamación de daños y perjuicios por el hipotético incumplimiento precontractual.

En relación al fondo del asunto se rechaza en primer lugar el error en el consentimiento de la parte actora y de la nulidad del contrato permuta financiera. Se produjo una adecuada información, proporcionada por la entidad Banco Popular. La parte actora decidió libre y voluntariamente firmar el contrato. El contrato es claro e inteligible, sin necesidad de ser un experto financiero, es posible calcular, mediante una sencilla operación aritmética, el importe de una liquidación. No se puede pretender la nulidad de la permuta financiera, alegando su desconocimiento con base a la dificultad de su funcionamiento interno. Resulta imposible confundir el contrato de permuta financiera con un contrato de seguro. En su propio encabezado y en letra mayúscula, se identifican el contrato de permuta financiera de tipos de interés y no se utiliza la denominación de contrato de cobertura sobre hipoteca. En el contrato significan las partes como comprador o vendedor o como banco y cliente, sin que ningún caso aparezcan los términos asegurador, tomador del seguro, asegurado. El contrato se ajusta a la normativa vigente a la ley 36/2003 de reforma económica. No resulta aplicable al contrato la normativa MiFID. El contrato es de junio de 2007 y la citada normativa entró en vigor el 1 de noviembre de 2007. El Banco Popular cumplió con los requisitos exigidos en el título 48.2 de la referida ley de disciplina, intervención de las entidades de crédito por escrito, de una forma explícita y con la necesaria claridad respecto a los compromisos contraídos por las partes.

SEGUNDO.-La primera de las cuestiones que habrá de resolverse es la eventualidad de una caducidad de la acción ejercitada, como plantea la entidad BANCO POPULAR en su escrito de contestación.

Dicha caducidad ha de rechazarse por un doble motivo: nos encontramos ante un supuesto de nulidad del contrato, y en segundo lugar no se ha producido la consumación del contrato.

Ha de citarse al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de

junio de 2015; del plazo de caducidad fijado en el artículo 1301 CC . Así, entre otras la sentencia de esta Sala de 9/7/12, dictada en rollo 248/12 vino a matizar la doctrina anterior de esta propia Sala, si bien, en general, en supuestos de finalización de efectos del contrato (por ejemplo, en caso de renovación, renegociación del contrato por otros posteriores) en que se afirma, como expresa la propia sentencia, objeto de recurso, la inviabilidad de examinar el error como vicio del consentimiento por razón, estrictamente, de la finalización de efectos del contrato, sin perjuicio, obviamente, de la valoración que el propio hecho de la "finalización" del plazo contractualmente previsto, la ausencia de reclamación merexcan la consideración de actos propios o de ratificación contractual en relación con la pretensión de anulabilidad del contrato por error en el consentimiento, lo que, evidentemente, habrá de ser valorado con la cuestión de fondo, argumentábamos sin embargo que:

"Pese a lo indicado por ésta última, y en base a los hechos y fundamentos jurídicos de su demanda, la acción de nulidad ejercitada no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento (ex artículo 1261 CC) - sin que conste tal afirmación en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 6 de octubre de 2010 , tal y como pretende la parte apelante- y que efectivamente determinaría el no sometimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el argumento de que el ilegal representante de la entidad no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos -supuesto de anulabilidad del artículo 1265 CC - respecto del que el artículo 1301 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de fecha 11 de julio de 2011 (Pte. Sra. Martorell) indicando: "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad" , ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asímismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC , al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC , "concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 " , es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261 . Y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convallarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 25 de julio de 1991 , 31 de octubre de 1992 , 08 de marzo de 1994 , 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999). Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el plazo "a quo" para el cómputo del plazo preventivo en el artículo 1301 del C. Civil para los

casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disidente, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil 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, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 196 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque claramente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 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 ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al apizarrarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de trato sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó 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"; y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

TERCERO.-En relación a la alegada falta de legitimación activa de la mercantil demandante, señalar que los intervenientes del contrato son: [REDACTADO] y [REDACTADO] quien es administrador de la mercantil, por lo que no concurre ninguna falta de legitimación. La demanda se formula por [REDACTADO] S.A.

En relación al hecho tercero, planteado dentro de las excepciones de previo pronunciamiento, la indebida pretensión de indemnización de daños y perjuicios por un hipotético incumplimiento preecontractual, es en realidad un elemento que afecta al fondo del asunto, respecto a la validez del contrato celebrado en su momento y que se resolverá en los siguientes fundamentos.

CUARTO.-la parte actora, refiere en su escrito de demanda, pretende la nulidad del contrato cuya definición y características es reflejada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de noviembre de 2014 "Como punto de partida en el examen del recurso hemos de remitirnos a la sentencia dictada el 7-5-12 por la Sección 9^a de esta Ilma. Audiencia Provincial , que cita la de 11-7-11, en la que se indica lo siguiente: " El contrato suscrito denominado gestión de riesgos financieros, en otros supuestos llamados prima de cuotas de tipo de interés o Swap de tipo de intereses, es un instrumento financiero concertado con la finalidad de protegerse el cliente de las subidas que puede acarrear los tipos de interés de aplicación a sus operaciones de pasivo y por tanto se trata

de un mecanismo para establecer en la medida de lo posible sus costes; intercambiándose real, por eso llamado nocturnal, de tal forma que en caso de subida del tipo referencial y no ende de incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente (con igual o diversa entidad con la que suscribe el mencionado contrato) viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera y caso de bajada de tal tipo de interés (por ende, menor coste en operaciones de pasivo) el cliente debe abonar aquello que no ha devengado en su coste financiero a la entidad con la que contrata el mencionado negocio, de tal forma que finalmente no pagará vía puebla el cliente hacerse una previsión de estabilidad de sus costes financieros. Claramente no es necesario que tal contrato esté vinculado a una determinada operación de pasivo, siendo autónomo e independiente de éstas y puede ser concertado en referencia bien al global del pasivo o bien a una o varias operaciones de tal naturaleza.

Es un contrato bilateral, sináptico, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte, en cuanto según los tipos referenciados pactados aplicados sobre el importe no nociional, determinaría que la liquidación produzca un saldo negativo (cargo para el cliente), o positivo (abono para el cliente) y con un aspecto aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo del interés, al enfrentarse a un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometiéndose a las fluctuaciones de los mercados financieros. Esta operación si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del artículo 1.255 del Código Civil y desde luego no puede concebirse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definitivo del mismo cual es el pago de una prima (artículo 1 de la Ley Contrato de Seguro) no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros. A su vez, la sentencia de 6-10-10 de la misma Sección 9^a expresa que " el acceso cada vez mayor por los pequeños inversores al mercado financiero y las dificultades o competidajades que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conducta para las entidades de crédito o financieras tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de Julio modificada por la Ley 47/2007 de Diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de Abril de 2.004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no integralmente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades establecidas por el artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera una actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el artículo 79 bis-2, ha de implicar que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa (artículo 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y, sólo cuando conoce tales aspectos, decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aún más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el Real Decreto 2172/2006 de 15 de Febrero, que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso y expresamente tratándose de productos financieros una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros (artículo 64). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a él, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más, si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos. Finalmente, dicha Sección 9^a

define la figura que nos ocupa como un contrato complejo (SS de 27-10-11 y 7-11-11), añadiendo que es mayoritaria la jurisprudencia que también lo califica, así: SS. de 4-11-10 de la Sec. 6^a de la A.P. de A Coruña , SS. de 18-21-11 de la Sec. 1^a de la A.P. de Girona , SS. de 28-31-11 de la Sec. 5^a de la A.P. de Zaragoza , SS. de 17-5-11 de la Sec. 2^a de la A.P. de Badajoz , SS. de 15-9-11 de la Sec. 2^a de la A.P. de León y SS. de 16-9-11 de la Sec. 7^a de la A.P. de Asturias, a título de ejemplo.

Lo anterior exige la determinación de la acreditación de una información suficiente respecto de un producto comunitario.

En relación a la carga probatoria en supuestos como en el de auros se puede citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 15 de julio de 2014: "La prueba de la suficiencia de la información facilitada se encuentra en el ámbito de disponibilidad y facilidad probatoria del Banco, de conformidad con el art. 217.1 LEC. No puede obligarse al cliente a acreditar un hecho negativo, como es la ausencia de información suficiente... Si se considera probado la insuficiente o errónea información facilitada por el Banco a su cliente, corresponderá a dicha entidad de crédito la obligación de probar que facilitó una información completa y necesaria para que el cliente pudiera prestar un consentimiento cabal, documentado e informado sobre el producto que iba a contratar, lo que también es una regla que deriva del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y es especial del principio de facilidad probatoria que se contiene en el apartado 7 de dicho artículo, pues no cabe duda alguna que es la entidad de crédito quien tiene mayores posibilidades de acreditar cuál fue el alcance y contenido de la información facilitada mediante la exhibición y aportación al proceso de los documentos que hubiera empleado a tal fin o mediante la declaración de los empleados de la misma que hubiesen suministrado tal información al cliente... En conclusión, se confirma el defectuoso cumplimiento de la obligación de información precontractual porque la única facilitada es manifestamente incompleta e inexacta..."

La prueba practicada en el acto del juicio, pone de manifiesto la carencia absoluta de información por parte de la entidad Banco Popular. El hecho de que nos encontramos ante un empresario, no lo hace experto y conocedor de un clausulado contractual especialmente complejo. La actividad empresarial es ajena al ámbito financiero, por lo que el administrador, firmante del contrato, desconocía las consecuencias que ello suponía. No existe prueba de una información precontractual suficiente. A la entidad Banco Popular corresponde acreditar dichas circunstancias.

Estima esta Juzgadora que el hecho de que el firmante del contrato tenga una empresa cuyo objeto es la fabricación de colchones, no es en absoluto suficiente. No existe constancia de formación suficiente, ni conocimiento de ese tipo de productos financieros. En este sentido, se puede citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de abril de 2015. En el primer motivo de recurso, la parte apelante hace mención al perfil del cliente (actora) invocando el volumen de su negocio, los contratos bancarios suscritos (préstamo, crédito o descuento) y al dato de que la entidad demandante tenía suscripto con Banco de Santander un contrato de swap en 3/5/2011 con fecha de inicio de 6/8/2011 y con vencimiento en 6/8/2012.

Tales datos son absolutamente insuficientes para filar que la entidad actora poseía conocimientos y experiencia financiera para entender el producto que ahora es enjuiciado. En primer lugar basta para desvirtuar el razonamiento de la apelante que si bien el contrato objeto de autos no lleva fecha de suscripción, entró en vigor casi tres años antes que el swap referido del Banco de Santander ; por lo que este negocio no puede servir para modular el conocimiento y experiencia financiera de [REDACTED] a octubre de 2008. En segundo lugar, que la mera gestión y realización de contratos bancarios (pólizas de crédito, cuentas corrientes etc) no puede relevar los conocimientos necesarios y experiencia de experto inversor para entender un producto complejo y de riesgo con es el swap y por ende que la

actora fuese a aquella fecha experta en esa clase de inversiones.

En cuanto al volumen de negocio y actuación empresarial de la demandante no resulta argumento suficiente y pertinente para destruir la presunción fijada supra dado que no se concreta en actividades de inversión como la ahorro, enjuiciada y como dice la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12/11/2015 "la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto que no la da la actuación empresarial en otros campos".

Resulta especialmente clarificadora, sobre la patente nulidad radical del contrato, por ausencia de consentimiento la declaración de [REDACTED] empleado del

Banco Popular, director en su día de la oficina de [REDACTED]. El testigo declaró que el [REDACTED] tenía confianza en él y expresa un hecho relevante, que no informó de lo que suponía el coste de cancelación. El testigo señor [REDACTED] declaró que vendió el producto como un seguro, desconociendo si el cliente lo confundió.

En este caso, junto a la ausencia de prueba aportada por la entidad financiera demandada, más allá de la entrega de la documentación del contrato, lo que resulta obvio en la formalización del mismo. Y no permite afirmar que se cumplió las obligaciones que correspondía a la entidad financiera, se suma que no se informó al cliente sobre las consecuencias de terminar el contrato (coste de cancelación), e incluso lo que derivaba en una absoluta confusión sobre las características del complejo producto financiero, se le vendió como un seguro. La conclusión final que expresa el testigo es igualmente reveladora, no sabe si el cliente lo confundió. Sólo ante la absoluta seguridad de que el cliente de la entidad bancaria era conocedor de lo que firmaba, dicha operación debió de haberse llevado a cabo.

Respecto a las características del contrato, ha de sumarse lo expresado por el perito D.

Juan Miguel Gálvez Hernández, que refiere que, como se trata de un producto de cobertura, no servía para dar protección al cliente.

El hecho de que el contrato alerte de los riesgos del contrato en nada afecta. No es en modo alguno suficiente, como pone de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de mayo de 2015. Frente a todo ello, como señala la STS de 26 de febrero de 2015 no podrían nunca aceptarse las alegaciones sobre la suficiencia del contenido del contrato para excluir el error es decir, el error no dejó de tener el carácter de excusable por el mero hecho de que los clientes hubieran procedido (sobre lo cual también existen serias dudas) a la detenida lectura del contrato en el acto de la firma, pues esta tesis, según la referida Sentencia, cede ante la presunción, derivada del incumplimiento del deber de información que en el caso presente resulta tan patente, razón por la que en dicha Sentencia se habla de "error heteroinducido" por la omisión de poner de manifiesto al cliente el riesgo real de la operación, pues como declaró la STS num. 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso núm. 1979/2011, "la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad".

Así pues, en el presente caso, la representación equivocada que atañe a la esencia del contrato es evidente, porque mientras el cliente cree y pretende contratar un producto de aseguramiento de riesgos, lo que al final le hace firmar el Banco es un producto de naturaleza más bien de inversión. Por otro lado, esa visión distorsionada no es imputable a la parte actora, que no tiene ante sí otra cosa que le lleva sus negocios (créditos, descuentos...) ni más información cualificada, que las conversaciones (presenciales y telefónicas) con el director de la entidad bancaria. Los demandantes lo que pretendían era ante todo asegurarse ante el riesgo de fluctuación de los intereses que afectaban a su pasivo. Y ademas, sin género de duda, esto y no otra cosa es lo que era posible deducir de las explicaciones que según declaraciones del propio [REDACTED] les fueron facilitadas. No buscaban un producto de inversión ni el producto se les ofreció como tal. Y si se firmó el contrato de permuta financiera fue con la idea de considerar que el

producto que se les había ofrecido ofrecía, al menos aparentemente, esa finalidad. Pero luego resultó que el swap era mucho más complejo y terminó produciendo unos efectos nocivos que no sólo no habían sido deseados, sino que no podían ni siquiera ser imaginados por el cliente como se evidenciaba por el hecho de las reclamaciones formuladas ante la primera liquidación negativa.

QUINTO.-No concurren los requisitos del consentimiento establecidos en el artículo 1.261 del Código Civil, y se está, como señala la jurisprudencia antes citada, en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento de la declaración de nulidad del referido contrato. Ha de procederse, en consecuencia, a la declaración de nulidad del referido contrato con el abono de las prestaciones recibidas, cargos y cancelaciones.

Lo anteriormente expuesto habrá de suponer igualmente el abono de los intereses legales respecto de las referidas cantidades, desde cada una de las liquidaciones practicadas por la demandada.

SEXTO.-De conformidad con lo dispuesto en el art.394 de la Lec, las costas procesales se impondrán a la demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación de [REDACTED] contra la entidad Banco Popular Español, S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés swap de fecha 31 diciembre de 2007, condonando a la entidad bancaria a abonar a la actora las cantidades abonadas que ascienden a la cantidad de 38.346,07 €, así como al pago de los intereses legales devengados por el importe indicado, a computar desde cada una de las liquidaciones practicadas por la demandada.

Todo ello con imposición de las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe la interposición de recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en el plazo de veinte días.

Así lo acuerda, manda y firma D.ª Nuria Ruiz Tobarra. Magistrada.Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº3 de Catarroja, doy fe.

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída y publicada por la Sr. Juez que la publica hallándose celebrando audiencia pública; doy fe.