



Juzgado Primera Instancia 24 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes, 111
Barcelona Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 906/2010 Sección 2A

Parte demandante

Procurador JOANA Mª MIQUEL FAGEDA

Parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador CARLOS MONTERO REITER

SENTENCIA NÚM. 215/2010

LUGAR y FECHA: Barcelona, a nueve de noviembre de dos mil diez

MAGISTRADO-JUEZ: D. Antonio Pascual Nuño de la Rosa y Amores

TIPO PROCEDIMIENTO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO · Nº AUTOS: 906/2010 ·
SECCIÓN: 2A · ACCIÓN EJERCITADA: Nulidad de contrato financiero ·
CUANTÍA: indeterminada EUR

PARTES LITIGANTES:

DEMANDANTE/S: · PROCURADOR/A/ES: JOANA Mª
MIQUEL FAGEDA · LETRADO/A/S: ARCADI SALA-PLANELL ESQUÈ

.....
DEMANDADO/S: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. · PROCURADOR/A/ES:
CARLOS MONTERO REITER · LETRADO/A/S: JOSEFINA CASAS PUIG ·
REBELDÍA: · DOMICILIO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se turnó a este Juzgado demanda de juicio ordinario que formulaba el procurador/a Sr/a. JOANA Mª MIQUEL FAGEDA en representación de

(en lo sucesivo también el cliente, el actor o demandante)contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.(luego también el banco o la demandada o la entidad financiera),en ejercicio de acción de nulidad de contrato financiero. Basaba su pretensión el actor en que con fecha de contratación 2/9/08 estimulo en la oficina de la calle de la demandada un contrato de permuta financiera de tipo de interés , denominado "SWAP" . se reseñaron como características del contrato tras reiterar la fecha de contratación y el número del mismo, un importe nominal de de 346.0000.000 de euros, fecha de entrada en vigor 27/2/09 IFE vencimiento 26 /2 /2010 siendo la operación afectada la póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos. La entidad financiera demandada hizo firmar al actor una póliza de crédito para el pago del contrato de permutas



financieras sin saberlo. Insistían el demandante en que no cuenta con documento original alguno, a pesar de haberlo peticionado a la contraria. Adntándose de 1 copia del contrato de permuta, de 2 póliza de crédito con garantía personal y de 3 buró- fax reclamando los originales. Se analizaba el contexto contenido del denominado IRS ..

A continuación glosaba la forma de realizarse la contratación y reclamaciones previas. Se ofreció el producto financiero como un "seguro" para mantener una cuota fija en la hipoteca suscrita con la misma entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. ante las próximas subidas del Euroibor y presentándolo como producto generador de extraordinarios beneficios y sin costo alguno por su contratación. Se solicitó al banco el original de la escritura hipotecaria y se ha hecho caso omiso de la peticionado. Se preguntaba por qué si el actor suscribe un préstamo hipotecario en el que aparece un máximo opta que protege al cliente ante la subida de interés porque se le ofreció el so como un seguro ante la subida del envío, hecho que fundamenta la mala fe de la demandada. Además nos informó el cliente de los perjuicios que podría causar el mismo significando que no es experto ni profesional en los mercados financieros. Contrariamente a la promesa extraordinarios beneficios recibió el actor un impreso de fecha 230 10 por el que se notifica que el producto contratado generar perjuicio durante 1684,80 € según documento número cinco. Según documento número seis se vendió en el que medir explicándole el contexto del importe. Se protestaba que no se facilitó el tres MIFID de obligado cumplimiento. Se le liquidó el saldo negativo de 11.684,80 € según documento número ocho. Presentó el demandante según documento número nueve reclamación al servicio de atención al cliente del banco y la respuesta que se ofrece es una segunda hipoteca para proceder al ir a la liquidación del salón negativo según documento número 10 por lo que en fecha 26 40 10 se envía carta documentada certificada solicitando la resolución del contrato litigioso con devolución de cantidades recibidas así como entrega la copia de la hipoteca suscrita con el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. según documento número . Al no tener respuesta alguna acude a la vía judicial si bien según documento número 12 el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. le rectificó la liquidación de fecha 19 / 5 /2010 lo que evidencian nuevos datos de irregularidades constantes. Aludía al error en el consentimiento que invalidaba el contrato citando jurisprudencia al respecto. Igualmente falta de objeto cierto y falta de información previa analizando la legislación aplicable al caso y además incumplimiento de la normativa del test de la conveniencia que no se ha realizado. Significaba la multitud de afectados en toda España por la firma de ese producto financiero adjuntando de 15 a 20 artículos de prensa. Tras alegar los fundamentos derecho del caso, terminaba suplicando que se dictare sentencia declarando la nulidad de condiciones particulares y generales del contrato de permuta financiera de interés de fecha 24/2/008 suscrita entre el actor y la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. e igualmente la nulidad de la liquidación practicada en virtud de la cobertura de dicho contrato debiendo devolverse al actor la cantidad de 11.604,80 € con sus intereses correspondientes ,así como las cantidades pagadas por la actora a consecuencia de la liquidación practicadas o las que se practiquen en un futuro y que se fijarán en el momento de la sentencia y por último que se condene a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. en costas. Por otrosí solicitaba medidas cautelares.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. que compareció en autos y se opuso a la misma en escrito de fecha 6 de septiembre pasado. Tras una negativa genérica a los articulados de contrario y significa la condición de cliente del banco del ahora actor , se negaban categóricamente las manifestaciones del actor de numerosas irregularidades en la contratación y de captación de voluntad sufrida ,puesto que la contratación de IRS se llevó a cabo con toda



normalidad1 adjuntándose de 1 el original de ese contrato debidamente firmado por el demandante y los apoderados del banco y de 2 la póliza de crédito suscrita por el demandante y también debidamente firmada. La póliza original número 151700209 63 costa de cinco páginas y sólo está firmada la última por los beneficiarios y los representantes del banco reconociéndose que no está intervenida por notario. Tras advertir que no podía aportar la primera copia de la escritura de hipotecas por serle necesaria en caso de ejecución por impago del préstamo y adjuntar de 3 copia de tal préstamo hipotecario, oponía que el tipo máximo que se establece en hipotecas permite una banda de fluctuación mucho mayor que el de una financiación a tipo fijo y por lo tanto es el cliente quien conoce sus necesidades quien está interesado en asegurar las consecuencias de la posible alza de ese tipo de interés. El banco se limita a poner a disposición de este cliente y de los demás clientes los productos que puede ajustarse a sus necesidades. Fue el demandante [quien insistió en informarse sobre el producto. Por supuesto el demandante está interesado en un momento alcista del mercado en asegurarse que no le perjudicará una subida de tipos ; si bien ulteriormente las circunstancias económicas han hecho evolucionar a la baja esos tipos de interés. El contrato de autos es aquel por el que dos personas acuerden intercambiar flujos monetarios calculados sobre diferentes tipos con índices de referencia que pueden ser fijos o variables durante un periodo de tiempo y así se describe en la condición general primera. Se glosaban algunos extremos del contrato 263 0000015 particularmente los tipos de interés, plazo y período de las liquidaciones así como las condiciones particulares donde se especifican el riesgo que asume el cliente. El contrato venció el 23/2/2010 y por la bajada de tipos de interés la liquidación del mismo a dicha fecha arroja un saldo de 11.684, 80 €. El BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. deniega la cancelación del contrato el 26/ 4/20 10 por cuanto ya ha vencido el 26/2/2010 según documento número 4. Se enfatizaba el hecho de que se solicita la devolución de ent 11684,80 € con sus intereses cuando tal cantidad nunca ha sido satisfecha por el demandante ya que actualmente es sólo un débito en su cuenta de crédito de fecha 17/30 /10 conforme al documento número 5 que se acompañaba. Se puntualizaba que la rectificación a que hace referencia el demandante no era relativo al contrato de autos sino a su préstamo hipotecario. También se advertía que el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. procuró facilitar el pago de la deuda al demandante. Se analizaban diferentes aspectos del contrato y se estudiaba la legislación aplicable al caso de la que resulta estas operaciones son productos financieros de cobertura no seguro propiamente dichos y por ello no es utiliza esa palabra seguro para evitar cualquier confusión. Se advertía que un momento en que el Euribor sobrepasa el 5,60% y ante el temor de que siguiera al alza, se estipularon estos tipos de contrato aunque ulteriormente haya bajado ese índice. Basta una lectura de la condición particular tercera que figura en primera página y en lugar destacado para entender los riesgos que asume el cliente. Negaba BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. que hubiera habido errores de consentimiento, significaba la posibilidad de resultados aleatorios según la subida /bajada de los tipos de interés y se analizaba la normativa MIFID. Por último se advertía que las noticias aparecidas en la prensa que se acompañaban con la demanda no afectan en nada la validez del contrato que nos ocupa. Tras alegar los fundamentos de derecho de aplicación ,terminaba suplicando que se dictara una sentencia absolviendo a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. de las pretensiones formuladas por la actora a quien deberían imponérsele las costas del procedimiento .

TERCERO.- Contestada la demanda, se citó a las partes a la audiencia previa que se celebró el pasado 29 de septiembre con el resultado que obra en el soporte audiovisual que sirve de



acta. No se consiguió acuerdo entre las partes que propusieron prueba. El actor el interrogatorio de contrario, documental pública por reproducida aportando diversas sentencias de tribunales y juzgados, adjuntando informe del Banco España de 9/6/09, requerirá la demandada para que presentara el tres de conveniencia y la declaración de bienes del acto y la testifical de los empleados del banco señores Carmona y Feito. Por su parte BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. artículo como prueba el interrogatorio y documental. La demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. llenó el requerimiento de aportación documental en escrito de fecha 15 de octubre pasado trayendo a los autos una declaración de bienes del actor y advirtiendo que no existía el test solicitado de contrario

Con esta misma fecha y con el resultado que obra en el soporte audiovisual que sirve de acta, se ha celebrado el juicio. Se han practicado las pruebas personales, interrogándose a las parte demandada en la persona del señor García, oyéndose a los testigos y empleados del Banco Popular señores Carmona y Ferrer y a doña , esposa del actor ., , se ha dado por reproducida la documental, se han aportado nuevas resoluciones , han concluido las partes por su orden y penden las actuaciones de resolución definitiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Preciso es efectuar a modo de preámbulo determinadas puntualizaciones sobre la malpraxis bancaria tributaria de nulidad o anulabilidad de determinados contratos que son ofrecidos al cliente como productos financieros y de las que resulta un perjuicio patrimonial para el particular o bien porque sufrió pérdidas en la inversión aconsejada por el banco o bien porque finalmente resulta deudor respecto a este como consecuencia de los efectos del producto financiero cuyo alcance no conocía o se le explicó insuficientemente, todo ello partiendo de la relación de confianza en principio existe entre la entidad financiera y el cliente que se deja asesorar y guiar por el banco como comerciante experto en el ámbito de la financiación. Particularmente ilustrativos son los supuestos de contratos de depósito y los de “permuta financiera de tipo de interés” , denominados SWAP

O Debe partirse de la idea de la administración de valores como típica actividad bancaria. Suele aludirse al distinguo de la actividad de depósito y de administración y gestión de los valores en beneficio de la clientela que se engloba dentro de los denominados servicios para bancarios. Dentro del amplio espectro de lo que se ha denominado administración sustantiva de los valores, se comprende un abanico que va desde el mantenimiento o mera conservación del contenido económico del valor lo que se reconduce en un contrato de depósito en sentido estricto hasta operaciones que suponen la máxima obtención de rentabilidad en función de la política de inversión que el banco hace presente al cliente y que éste, guiado por aquel como experto en la materia, accede y asume ,recayendo en la entidad bancaria tanto la elección de la inversión como el presumible buen fin de la misma. Si el banco reconduce su actuación a la simple conservación del contenido económico mediante la guarda y custodia de los documentos en que se formaliza el derecho y a la obtención de su rentabilidades prefijadas, nos hallaríamos ante el mero contrato de depósito de valores y a tenor del artículo 308 del Código de comercio, ese supuesto de servicio de administración conservativa de valores implica que una entidad bancaria se obliga frente a su cliente a la conservación y custodia del soporte documental de los títulos (depósito en sentido estricto) y a realizar todos los actos para la conservación económica de los valores mediante el ejercicio cuidadoso de los derechos inherentes a los valores administrados (se entrevera el contrato de comisión



subsistente en el citado artículo 308 del Código de comercio), abriéndose la distinción según lo depositado sean títulos valores materiales o se administre valores representados mediante anotaciones en cuenta.

Ofrente a este tipo de contratación sencilla pues el banco llena su obligación conservando los valores y obteniendo sus rendimientos normales económicos y ejercitando en su caso los derechos políticos colaterales, aparece la figura contractual mucho más compleja de la que se ha denominado "contrato de gestión de cartera de valores" o "contratos de gestión de carteras de inversión". En atención a que en el ámbito de los mercados de capitales la mayor complejidad inherente a la inversión exige una cualificación y conocimiento del mercado a que el inversor particular no puede hacer frente, se supera esa dificultad a través de una mediación profesional que asume el banco, de suerte que ya no se limita al mero contrato de depósito de valores que subsiste como base, sino que el cliente encarga a su banco- gestor la explotación de su cartera de valores que comprende no sólo la administración conservativa de aquellos sino que le permiten explotarla de acuerdo con unos criterios de obtención de beneficio en que prima la cualificación del banco como experto financiero que aconseja al cliente a cambio de un precio por su función de depositario y administrador cualificado. Ese contrato de gestión de carteras de inversión supone la gestión indirecta individual de valores y ha sido definido por la doctrina como aquel por el cual una persona, mandante, encarga a otra, gestor, que mediante operaciones sobre valores mobiliarios, administre el patrimonio del mandante constituido por dinero, títulos o un conjunto de ambos. Como regla general, en la ejecución de la actividad de administración de valores, la entidad de crédito deberá observar una actuación diligente, prudente y ordenada de conformidad con el artículo 255. 2 del Código de comercio que ordena que se hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso de comercio, obligación general que tiene apoyo para la administración desempeñada en el ámbito del mercado de valores en el artículo 79 c)LMV que obliga a la entidad de crédito administradora a desarrollar una gestión ordenada y prudente cuidando los intereses de los clientes como si fueran propios. Por otra parte el artículo 2 del anexo del Real decreto 629/93 de 3/5 sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, Código General de Conducta, ya establecía la obligación de las entidades administradoras de valores de actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, procediendo su ejecución según las estrictas instrucciones de su cliente o en su defecto en las mejores condiciones para el cliente, observando en todo caso los reglamentos y los usos propios de cada mercado. Ni que decir tiene que la posición de la banca es privilegiada en la administración de valores por cuanto parte de un sistema de confianza especial de los clientes sobre este tipo de entidades a las que confían la gestión de sus fondos ,de suerte que se ha llegado a afirmar que la pericia bancaria que se conoce con el anglicanismo "skill" exigible a las entidades de crédito es mucho mayor que la pericia exigible a cualquier otra entidad administradora ,toda vez que se trata de un comerciante experto que ejerce funciones de comisionista como fuente de lucro y que actúa utilizando todas las técnicas existentes en el momento de la ejecución en la forma y condiciones en que hubiera hecho cualquier otra entidad de crédito.Además de las disposiciones legales, esa diligencia exigible a las entidades bancarias como el arquetipo de las entidades de gestión de cartera y que debe atender a unos parámetros de alta tecnificación y responsabilidad suma, se complementa con las normas que protegen a la clientela bancaria que pasamos a resumir.

El cliente- consumidor que confía su cartera de valores o sus ahorros a la entidad bancaria para su inversión con la pretensión de obtención de una alta rentabilidad (o al menos la mejor posible),asume desde luego el riesgo de la operación pues en definitiva se trata de la



obtención de frutos civiles de su patrimonio. Pero puede exigir a la entidad que gestiona su cartera de valores o sus fondos que al invertir actúe con los parámetros de profesionalidad cualificada a que hemos hecho referencia, cumpliendo la normativa que regula la materia que impone estrictas obligaciones a estas entidades que repercuten en normas de derecho público en cuanto tratan de asegurar la limpieza y eficacia del mercado de valores pero que trascienden a las relaciones privadas entre el banco y su cliente.

En primer lugar y a tenor de la Ley 7/98 de 13/4 sobre Condiciones Generales de Contratación (LCGC) hay que estar al sistema restrictivo de requisitos formales de incorporación para que una cláusula general se considere ajustada a derecho. Se limita la incorporación de cláusulas generales al contrato y por ello condicionan su carácter de fuentes de las obligaciones. Tal como ocurre con la obligación de información previa al cliente bancario y la firma con la aceptación de todas las cláusulas del contrato según el artículo 5 de la meritada ley. Por ello se declaran nulas aquellas condiciones generales de la contratación bancaria de administración de valores que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra imperativa, según el artículo 1 de la misma. En todo caso no quedan incorporadas al contrato bancario aquellas condiciones generales que el cliente adherente no hubiere tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la cerrazón del contrato o si no han sido firmadas cuando sea necesario, ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo que éstas hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a las normas específicas de disciplina bancaria sobre transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato según el artículo 7. a). de la indicada disposición. El artículo 5.1.2. LCGC impone además la obligación específica de facilitar al cliente adherente, previa información, un ejemplar del contrato, de forma que si no hay entrega de tal ejemplar, hay que entender que el cliente no se ha adherido a esas condiciones generales.

. Algún sector de la doctrina entiende que la normativa disciplinaria de las entidades de crédito contenidas en un principio fundamentalmente en la ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, LDIEC, ley 26/88 de 29/7, y disposiciones en la materia que la han seguido, si bien tal normativa no es de aplicación directa el contrato, puede producir efectos indirectos de protección al usuario en el momento de la celebración y formalización del contrato ya que esta norma desarrollada por Orden del Ministerio de Hacienda de 12/12/89 y por una circular del Banco de España 8/90 de 7/9 impone una forma de conducirse a las entidades en aras a la protección del cliente bancario usuario de los servicios de organización y gestión de valores. Como quiera que el artículo 259 del Código de comercio obliga a todo comisionista a observar lo establecido en la normativa de aplicación por razón de la negociación confiada, es llano que si la entidad bancaria ha incumplido esas disposiciones obligatorias y si el cliente demuestra la relación de causa a efecto entre el incumplimiento y el daño patrimonial, prosperaría su pretensión indemnizatoria.

Paradigmática desde luego en la materia es la legislación protectora del consumidor que parte de la ley 26/84 de 19 de julio y que actualmente se regula en el Real Decreto Legislativo 1/07 de 16/11, Texto Refundido de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en sintonía por lo demás con la directiva 93/13/CEE del Consejo que advierte que la normativa de consumo afecta a todos aquellos contratos celebrados en el sector financiero y crediticio con un consumidor. Si bien es preciso puntualizar que la normativa de protección del consumidor parte de la idea de que el contrato bancario es un contrato de adhesión regulado a través de condiciones generales de la contratación, emanación de la autonomía privada contractual de la entidad de crédito y de la adhesión por parte del cliente bancario a dichas condiciones, sin la posibilidad de que este último pueda negociar de forma individual todo o gran parte las cláusulas contenidas en los contratos tipos. Por lo tanto si el cliente



estipula cláusulas individuales con la entidad de crédito que administra los valores ,sólo queda protegido respecto de aquellas cláusulas generales que se apliquen a la oferta o promoción del servicio redactados unilateralmente por la entidad de crédito con el fin de regular la relación contractual entre éste y el cliente, considerándose en todo caso como cláusulas abusivas las previstas en la disposición adicional primera de la ley 26/84 de 29 julio y su actual trasunto en el Real decreto legislativo 1/2007 .

Ahora bien: la pieza maestra de la protección de los inversores en el ámbito en que nos movemos se contiene en la Ley del Mercado de Valores, LMV, ley 24/88 de 24/7, reformada por la ley 47/07 de 19/12 que introduce el fundamental artículo 79 bis. La LMV , en los artículos 63).1. d) y a) y en el art 63. 2) viene a dibujar un sistema de exigencias a las entidades financieras con un evidente afán de proteger la transparencia del mercado en general y los intereses de los inversores ya profesionales ya minoristas en particular. Esta regulación legal tiene antecedentes históricos en los denominados códigos de conducta bursátil utilizados en Inglaterra para disciplinar la bolsa, de donde pasan al derecho continental. Estas normas exigen un modelo de comportamiento de carácter vinculante para los intermediarios financieros que actúan en el mercado de valores y las entidades financieras que desarrollan esta actividad quedan vinculadas subjetivamente a tales normas por cuanto principiando por el deber genérico reconocido en los artículos 78 79 y 80L de la LMV que remite al acervo normativo compuesto por las normas, código general de conducta y reglamentos internos de conducta que vinculan a la entidad financiera y a sus empleados y que parten del postulado de exigir a esas entidades de crédito cumplir su encargo administrando los valores confiados con diligencia y transparencia, siempre el interés del cliente y en defensa del mercado según el artículo 79 de la indicada ley. Se les obliga además a separar la gestión de los valores confiados por su clientela y los de su propia cartera con el fin de evitar cualquier conflicto dando prioridad de interés de los clientes sin privilegiar a ninguno de ellos. Por último ,se debe administrar esos valores como si fueran propios. Trascendente es el deber de que han de asegurarse de solicitar toda la información necesaria sus clientes para una mejor administración de sus valores, procurando mantenerlo siempre adecuadamente informados sobre la situación de su cartera así como la del mercado de valores que puede influir en dicha administración de bienes y solventar las consultas que el cliente pueda dirigir a estas entidades , debiendo abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia y valorar productos financieros sobre los que se está realizando un análisis específico y significarán al cliente cualquier posible conflicto de intereses en relación con el servicio de administración de valores que se está prestando, todo ello conforme al fundamental artículo 79 de la LMV. Dicho sometimiento se reforzó en su día de acuerdo con el artículo 8 .1, del RD 867/2001 de 20/7, significándose ser por la mejor doctrina que en derecho comparado se afirma la responsabilidad civil del intermediario financiero incumplidor de las normas de conducta frente al cliente y que nuestro derecho encuentra apoyo en las obligaciones que se derivan del artículo 259 del Código comercio referidas al comisionista pues si conforme a esta ley en blanco debe observar lo establecido en las leyes y reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, ella no que el incumplimiento de todo ese entramado obligacional faculta al cliente para exigir responsabilidad.

Esa normativa se completa con la Ley 47/07 y el Real Decreto 217/08 que trasponen a la legislación española las directivas comunitarias 2004 /39 de la C E relativa a los mercados de instrumentos financieros, desarrollada por la directiva C E 2006/76 y el Reglamento de la C.E 1287/2006, espacio MIFID (obtención del perfil del inversor que permite en principio a la entidad financiera calibrar si el producto que ofrece es adecuado a las necesidades y posibilidades del cliente normalmente a través de un cuestionario) ,así como una circular



6/2008 de 26/11 del Banco de España sobre normas de información financiera pública reservada y modelos de estados financieros. EL RD 217/08 de 15/2 relativo a las empresas de servicios de inversión deroga el anterior RD 629/ 93 y en su artículo 64. 1. ordena a las entidades que prestan servicios de inversión que proporcionen a sus clientes, incluidos los potenciales una descripción general de la naturaleza y riesgo de los aumentos financieros, teniendo en cuenta en particular la clasificación del cliente como minorista profesional. Así pues se impone un específico deber de información y concienciación del cliente sobre la naturaleza, condiciones y efectos del producto financiero que se ofrece o aconseja. Y esa protección y necesidad de información halla su máxima expresión en la normativa que se conoce como MIFID , directiva 2004 /39 CE, trasladada a la legislación española por la ya citada ley 47/07 y el RD 217/08 que obliga a la entidad financiera acreditar a que con anterioridad la firma del contrato el cliente fue documentado suficientemente sobre las características del producto le contrata, riesgo del mismo que debe ser adecuado a perfil y experiencia del cliente, partiendo de la distinción entre el inversor minorista o profesional. Suele reseñarse por último que frente a la actual crisis económica de alcance global, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha emitido en 7/5 /09 unas condiciones de comercialización de instrumentos financieros de mercados de valores donde se efectúa una serie de consideraciones sobre buenas prácticas encaminadas a asegurar las consecuencias de la normativa MIFID.

Los analistas del tema suelen señalar como malas prácticas bancarias en este terreno las tarifas y comisiones incorrectas que se referencian en los informes anuales sobre reclamaciones de la CNMV ; actuaciones en ausencia de instrucciones del cliente al que alude la SAP Barcelona de 28/11/2001 ; indebido ejercicio del derecho de suscripción preferente a que se refiere la STS 9710/97 ; mala práctica en relación con el ejercicio del derecho de voto derivado del artículo 1071 LSA, ; utilización indebida de los valores y la falta de consentimiento de su titular así como de indebida delegación bancaria en el marco de la administración de valores anotados en cuenta, particularmente la utilización no consentida de valores en la sub depositaría, supuestos de las "cuentas de detalle" o "cuentas ómnibus". ; Recientemente han cobrado trascendencia pública los denominados SWAP respecto a los que se ha manifestado el Defensor del Pueblo en informe de fecha 27/11/09 donde claramente se dice que el cliente tiene que pagar mucho más que lo que recibe en el caso de una subida de tipos de la misma cuantía y mucho más de lo que ahorran en la cuenta de préstamo, incrementándose el riesgo de forma desproporcionada tratándose de un producto especulativo que beneficia en todo caso las entidades financieras, definiéndose el SWAP como producto por el que el banco y el cliente acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos sobre dicho nominal a un plazo determinado y a que alude en la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sec 5º, de 27/1/10, SA P Burgos 33/2010 ,SAP Pontevedra, sec 1ª, de 7/4/2010, SAP Jaen de 27/3/2009 y Alava de 7/4/2009 , operaciones financieras que son analizadas en las Memorias del Banco de España del 2007 y en el informe de 17/ 2/2 009 ; por último y a título de ejemplo para magnifique la importancia y actualidad de la problemática, cabe recordar las crisis derivadas de casos de la trascendencia del Murdoch o Lheman.0El IRS (interest rate swap), conocido en la práctica como SWAP,Es un acuerdo por el que las partes, banco prestamista i creyente prestatario normalmente, se comprometen a intercambiar en unas fechas prefijadas unos flujos periódicos consistentes en aplicar un tipo de interés a un nominal. En la mayoría de ocasiones el tipo aplicado a los pagos de una parte es fijo mientras que el de la otra suele ser variable admitiéndose el denominado "spread" o diferencial. En definitiva el comprador-cliente paga fijo y recibe variable con lo que asume el riesgo de bajada de tipos de interés, mientras que el vendedor se arriesga si sube ese tipo de interés. Por



Este se trata de un contrato bilateral, oneroso, atípico y con un evidente contenido aleatorio en el que reside gran parte de su problemática. Efectivamente: el contrato depende de un alias cuál es la fluctuación del mercado financiero y en concreto las variaciones de los tipos de interés generalmente con referencia al Euribor u otro índice semejante. Si el tipo de interés evoluciona a la alta, el vendedor del producto, banco abona la diferencia al cliente. Però si experimenta variación a la baja es el banco quien resulta acreedor. El problema surge en que este contrato sobre todo para el público medio tiene ciertas concomitancias con el contrato de seguro aunque indudablemente no puede entenderse como un seguro a los efectos del artículo uno de la ley de contrato de seguro. La idea global que percibe el siguiente es que compra un seguro por el que el banco le garantiza que una subida de los tipos de interés no le afectará si suscribe este producto. El cliente puede llegar a entender que su contraprestación económica consiste en un pago de prima o cantidad pactada y no alcanza a comprender el contenido de riesgo que el mismo supone. Tal situación de indebida comprensión o intelección insuficiente es rosada por la SAP Oviedo, sec 5ª de 27/1/2010. en el aspecto dinámico de la contratación y por la SAP 33/2010 Burgos Que analizan la falta de objeto cierto en la terminen determinación de las liquidaciones, particularmente respecto al cálculo consistente en que se producirá el pago de una cantidad por parte del vendedor al comprador o del comprador al vendedor si el tipo fijo i la cantidad fija que resulte son superiores a la cantidad variable i que se calculará conforme a la siguiente fórmula: $CR=CF-CV$, Lo que conlleva a que el pago de esa cantidad indefinido e indeterminado pues se deja a la aplicación de una fórmula que no puede ser conocida por una persona no profesional de los mercados financieros. Ni qué decir tiene que las exigencias de información deben magnificarse en estos casos.

En casi todos los supuestos de reclamación el demandante-cliente perjudicado por la mala calidad del producto que normalmente le supone la pérdida de sus ahorros o el fracaso de su inversión, denuncia la falta de las exigencias contractuales de información, falta de logro del adecuado perfil del inversor o incumplimiento de la exigencia MiFID, ausencia de explicación de la naturaleza, condiciones y efectos del producto financiero y daño patrimonial derivado o inminente si el Banco exige o está en condiciones de exigir al cliente el pago de las consecuencias del producto ofertado y aceptado. Aluden a la falta de consentimiento como requisito esencial del contrato al abrigo de los artículos 1261, 1266, 1300 y concordantes del Código civil, agitando la tesis del error propio invalidante del contrato en la línea de las STS 10/10/62 ; 8/2/94, 1175/98, 26/6/00, ponderando la posibilidad de la excusa válida conforme a la STS 4/1/82 y 28/9/96 ; denuncia el incumplimiento del bloque normativo protector del consumidor-inversor que ha quedado estudiado y reclamándose como consumidores en última instancia, solicita la nulidad del contrato o alternativamente la indemnización por la mala praxis bancaria optando por una resolución del contrato de depósito, Comisión y asesoramiento financiero, siquiera en la mayoría de ocasiones optan por la nulidad radical del contrato por el que devinieron titulares del producto financiero fracasado. Las entidades financieras por su parte oponen en primer lugar que quien realiza la inversión y por lo tanto asume el riesgo de la operación es el cliente, no el banco ; a continuación suelen exceptuar y magnificar la postura del banco como intermediario, mero mandatario de una operación que, explicada al cliente por el banco tanto en forma precedente a través de los folletos o revistas de información como personalizada por su empleados, permiten al cliente optar por un producto financiero cuyo riesgo desde luego asume ; no es infrecuente que la entidad financiera demandada reclame que se considere la condición de experto cuando no de profesional del actor en la línea sentada por la SAP Barcelona, sección 13, de 8/7/2008 con cita de las STS 28/2/77 ; 4/1/82 y 18/2/94; argumentan que el principio de responsabilidad negocial impone la necesidad de que también el cliente sea tributario de una diligencia media



y regular en el sentido de la STS 22/5/2006 y las que en ellas se citan; suelen justificar el cumplimiento del deber de información, particularmente los cuestionarios MiFID; excusan la contingencia de la sobrevenida insolvencia de la empresa que ha acudido al mercado financiero para obtener capitalización (en un cierto sentido, se trata del otro extremo del cordel que en una punta sostiene el cliente inversor y en la otra la empresa que emite los títulos que el banco demandado ofrece, limitándose a proporcionar la cuerda adecuada), remitiéndose a los "ratings" de solvencia emanados de entidades de calificación que han sido reconocidas como elegibles a tales fines por el Banco de España conforme a la circular 3/2008 del mismo; y evidentemente niegan la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento que se achaca a la entidad financiera y el daño producido al cliente por cuanto entienden que la actuación del banco ha de ser la causa específica del daño y si éste es consecuencia de la variación a la baja del valor de cotización del producto o de las incidencias del mercado, no puede imputarse objetivamente al banco intermediario un daño que procede de las vicisitudes del mercado financiero; suelen sugerir que en todo caso y en atención al principio de responsabilidad negocial también es exigible al cliente una sola una cierta diligencia sin que valga como patente de curso la supuesta profesionalidad y confianza que la entidad financiera puede inspirarle, citándose la SAP Madrid, sec 9ª de 10/7/09 y, Valencia sec 9, de 30/10/2008 que postulan la responsabilidad del cliente que excusa el no haber leído el contrato por la confianza que le ofrece la entidad bancaria, sugiriéndose en última instancia que en todo caso podría existir una concurrencia de causa torpe en ambas partes conforme a los tres postulados que se derivan de los hipotéticos de nulidad de las obligaciones según los contratantes hayan actuado de buena o mala fe.

De hecho existe jurisprudencia contradictoria respecto al alcance de la información al cliente, indefinición e incomprensión de su objeto, y la nulidad de este tipo de productos financieros, e incluso se ha comentado ampliamente la variación que al respecto han supuesto las circulares del Banco de España, en principio proclives a la defensa del cliente i exigentes con la práctica bancaria y ulteriormente más acordes con la idea de que ese cliente asume una operación de riesgo y que al abrigo de la protección del consumidor puede llegarse al resultado vicioso de que si la operación es favorable para el cliente se consolida y si es perjudicial puede acudir a la posible nulidad de la contratación del producto financiero. Siquiera en algún informe el mismo Banco de España aprecia la falta de transparencia en el clausulado, fundamentalmente falta de transperiencia en la comprobación de los cargos i coste de la la cancelación como ocurre en el informe de fecha 9/6/09 Por ello que en la mayoría de las ocasiones, las entidades financieras demandadas aluden a que no nos hallaríamos metidos en pleitos si los depósitos arrojaron beneficios o si los tipos de interés hubieren experimentado variaciones alza en cuyo supuesto se invocaría la sacralidad de los contratos.

En definitiva la gran complejidad del problema que ha engendrado jurisprudencia contradictoria pues también menudean las sentencias proclives a la postura de las entidades financieras como AP Madrid 9/3 y 10/7/09 i las que citan la parte demandada de puestas en relación con los que han quedado reseñadas, autorizan para entender en el presente caso se supone se producen dudas derechos demandantes de esa jurisprudencia contradictoria que justificarían la no imposición de cosas a ninguno de los contendientes. Al parecer el Tribunal Supremo partiendo de que la cuantía de las demandas Relativas a los SWAPS sea el nominal o nominal en vez de las liquidaciones periódicas, ha admitido a trámite un recurso de casación que permitirá al Más Alto Tribunal establecer jurisprudencia que dibuje definitivamente este instituto



SEGUNDO.- En el caso de autos el actor señor insta la nulidad de las condiciones particulares y generales del contrato de permuta financiera de intereses de fecha 2/9/08 así como la nulidad de la liquidación practicada y que se practique en virtud de la cobertura de dicho contrato ,debiendo devolvérselas por la demanda BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. la cantidad de 11.684 € correspondiente a las cantidades pagadas por el demandante a consecuencia la liquidación practicada, a sí como las que pudieran devengarse con posterioridad a la presentación de la demanda. El segundo punto de la demanda no tiene fundamento toda vez que si bien la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. ha cargado en la cuenta de crédito de referencia la cantidad que le adeuda el actor

como consecuencia de la operación financiera, es lo cierto que hasta la fecha no se ha efectuado pago alguno y por tanto no puede devolverse lo no pagado. De hecho la demandante en la audiencia previa ya reconoció lo excesivo de

esa pretensión y desistió de ella, por lo que el objeto de la litis queda centrado en la declaración de nulidad del contrato de 2/9/08 extensiva a la improcedencia del cargo de la deuda efectuado al demandante en la cuenta de referencia por el aludido importe de 11.684 €.

Se pretende la nulidad en base al consentimiento viciado del cliente y ahora demandante

..... al que se le ofrece un producto de objeto indefinido hasta el extremo de que entiende que contrata un seguro para ponerse al abrigo de las fluctuaciones del Euribor por plazo de un año y del que le resulta una deuda de 11.684 €.

Fundamentalmente objeta el señor la falta de perfil profesional del demandante y la ausencia de las exigencias del test de conveniencia para determinar lo adecuado al perfil del cliente cuando tal producto está considerado de alto riesgo y especulativo y con un perfil de cliente profesional. El incumplimiento de la normativa MIFID debería acarrear la nulidad del paquete contractual (SWAP y cuentas de crédito de cobertura).

Es evidente que ese test es no ha sido realizado según resulta del documento número 13 de la demanda. Los testigos y empleados del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. señores Carmona y Ferrer, particularmente el señor Carmona, sostienen de una parte que el perfil del cliente que llevaba varios años trabajando con el Banco es el de

una persona entendida en la materia y además asegura que verbalmente le explicó el sentido aleatorio del contrato que firmaba. La señora Ferrer advierte de que se trataba de una segunda hipoteca y por tanto de un cliente con experiencia. Se asume por esos testigos que no se le dio documentación por escrito. Pues bien: partiendo de que en estos casos en los que el "onus probandi" pesa sobre la entidad financiera, cabe llegar a la conclusión de que el actor

..... no fue debidamente informado del carácter aleatorio y del riesgo que asumía. Analicemos el perfil del señor :se trata de un comercial de

editoriales y aunque haya firmado una segunda hipoteca, no por ello cabe entender que se trata de un profesional a los efectos legales, sino más bien de un particular que acude al banco de su confianza para conseguir financiación hipotecaria. Se echa particularmente de menos que no Exista constancia documental de haberse efectuado los denominados supuestos hipotéticos en que se explica al cliente como evolucionará la cuestión según los diversos supuestos, particularmente si el índice de referencia experimenta variaciones al alza o la baja, i lustrándole sobre el resultado final de la operación según las diversas posibilidades. Es sintomático que la testigo y esposa del actor doña Yolanda, administrativa, asegure que le comentó su marido que había contratado un seguro por un año por recomendación del Director de la sucursal del Banco para evitarse las variaciones del tipo de interés aplicable. Ciertamente es que en el clausulado del contrato se especifica la fórmula por la que se obtendrá el resultado final. Pero esas fórmulas financieras no son de fácil intelección por el cliente si no se le advierte con toda claridad y queda documentado de las posibilidades de evolución de la misma. Desde luego en el presente caso nos hallamos ante una inconcreción de esos



resultados finales. Ciertamente es que como el punto de referencia es un futuro ya que depende de la variación del interés hipotecario no puede fijarse con exactitud el montante de la operación. Pero sí es posible efectuar algunos supuestos que permitieran al cliente prestar un consentimiento lo suficientemente informado y calibrar el contenido aleatorio de la operación que suscribe, que en principio presenta concomitancias con un sencillo seguro de cobertura financiera.

Pero hay un hecho de especial y gran trascendencia para inclinarse en el supuesto de autos por la tesis del actor. Se trata de que ese contrato se concierta por un año. Es difícilmente explicable. A no ser que se eche mano de algo tan sencillo como que el Director de la entidad y a efectos de que el cliente se beneficiara de las bonificaciones que suponía la suscripción del SWAP, le convenciera para firmar ese contrato de permuta financiera de tipos de interés por un año. Suena a necesidad de llenar un requisito para conseguir integrar el paquete y acceder a la bonificación. Incluso podría afectar a la causa misma del contrato entendida como función típica de aquél o, desde un punto de vista subjetivo, como la finalidad o interés que la parte trata de conseguir con la firma del contrato. Se entendería que el prestatario e hipotecario que tratarán de ponerse al páreo de una subida de los tipos de interés para asegurarse sus previsiones respecto de la carga que le supone esa segunda hipoteca. Lo que no acaba de entenderse es por qué firmó un contrato sólo por un año con lo que su cobertura temporal está muy limitada, lo que por fuerza necesitaría de una explicación. Por lo tanto hay que concluir que el Director de la sucursal de la calle Guipúzcoa convenció al actor

de que suscribiendo ese paquete obtenía la bonificación correspondiente y eso le llevó a firmar el contrato de permuta financiera del tipo de interés que de golpe arroja ese saldo negativo superior a los 11.000 € aunque no llega al techo pactado de los aproximadamente 17.000 €. Además no es de aplicación en el presente caso la OM de 5/5/04 en relación a la circular 5/94 del Banco de España referido a las ofertas vinculantes con necesidad de información sobre productos que aseguran la fluctuación del interés porque evidentemente esa exigencia se da en supuestos en que el aseguramiento de la variación es para toda la vida del préstamo, difícilmente extrapolable a un supuesto como el presente en que sólo se contrata por un año. No asiste en cambio la razón al demandante al argumentar que toda vez que el préstamo hipotecario tenía un techo en cuanto al interés máximo, dejaba de tener objeto asegurar las alzas mediante el SWAP puesto que como explicó el testigo señor Carmona, ese techo es a efectos de ejecución hipotecaria, pero no impide que el Banco lo aplique y exija en otro procedimiento actuando y ejecutando sobre la garantía patrimonial universal del deudor. Tales argumentos conllevan a la estimación de la demanda pues queda probado que el actor

no es un profesional financiero sino un particular que contrata una segunda hipoteca y que al abrigo de determinadas bonificaciones adquirió un paquete, firmando sin ser suficientemente informado y sin que se le practique el test de conveniencia, se le ofrezcan supuestos ni se le dé información por escrito de un contrato de permuta financiera del tipo de interés por sólo una anualidad, de manera que bien pudo entender que le estaban contratando un seguro para que ese primer año aunque subiera el Eur vigor el Banco asumiera esa subida, sin caer en la cuenta de la proyección especulativa que la suscripción del SWAP suponía con el consiguiente reflejo en la cuenta de crédito de cobertura. No hay duda de la existencia de un consentimiento viciado por falta de información e concreción del objeto con infracción de las normas protectoras del consumidor bancario, particularmente lo relativo al test de conveniencia, con la conclusión de que en realidad el siguiente firmó un paquete en el que se contenía un producto de tanto riesgo a efectos de conseguir unas bonificaciones que parecían asociadas a una mera formalidad de contratación de este de esa permuta financiera de tipos de interés cuyos resultados negativos alcanzaron no obstante la postura conciliadora de la demandada una suma superior a los 11.000 €



TERCERO.-Existe y se ha citado anteriormente jurisprudencia contradictoria suficiente para entender que en estos supuestos aparecen serias dudas de derecho. Pero además el propio actor [] renunció a parte de la pretensión expuesta en el punto segundo de su suplico ,por lo que la estimación de la demanda debe ser parcial en todo caso, lo que conlleva atendiendo al criterio del vencimiento objetivo que rige en la materia,a la no imposición de costas a ninguno de los litigantes conforme al artículo 394 LEC.

FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda formulada por [] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y en su consecuencia DECLARÓ la nulidad de las condiciones particulares y generales del contrato de permuta financiera de intereses de fecha 2 de septiembre de 2008 suscrita entre los ahora litigantes BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y []

Igualmente DECRETO la nulidad de la liquidación practicada o de las sucesivas que pudieran practicarse en virtud de la cobertura de dicho contrato en la cuenta de crédito de referencia, desestimando la pretensión de devolución al actor [] de la cantidad de 11.000 o 604,80 € ,pretensión a la que renunció en la audiencia previa de este procedimiento.

Dispongo que cada litigante abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a los Srs. JOANA M^a MIQUEL FAGEDA y CARLOS MONTERO REITER , enterándoles que contra la presente, que no es firme, cabe formular recurso de apelación que deberá prepararse ante este mismo Juzgado en término de quinto día siguiente a su notificación. Llévase la presente al Libro de Sentencias quedando debidamente testimoniada en las actuaciones y tómese oportuna nota en los Libros de Registro y soporte informático de este Órgano judicial.

Se indica a las partes que conforme a la disposición adicional decimoquinta añadida por la LO 1/2009 de 3 de Noviembre, para la interposición de recursos, (salvo que tengan reconocido el beneficio de Justicia Gratuita), deberán consignar como depósito en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado (Banesto 0030 Oficina 2508 DC 50 n^o de cuenta 9999999999 con indicación expresa en el concepto del ingreso de la referencia n^o 0612-0000-04-0906-10 seguido de 02 Civil Apelación) la cantidad de 50 EUR, pues no se admitirán recursos que deban formalizarse por escrito si no está constituido el depósito indicado, en cuyo caso se dictará auto que pondrá fin al trámite del recurso quedando firme la resolución impugnada.

Así por esta mi sentencia, a cuya publicación en forma se procederá, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.