



JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7  
GIJON

SENTENCIA: 00009/2010  
JUEGADO DE 1ª INSTANCIA N° 007  
GIJON

COPIA

DECANO PRENDES PANDO N° 1- 1ª PLANTA- GIJON  
Telo: 985175542 /43 /45  
Fax: 985175546

77050

N.I.G.: 33024 42 1 2010 0003962

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000958 /2010

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. MANUEL SUAREZ SOTO

Contra D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador/a Sr/a. JOAQUIN SECADES ALVAREZ

S E N T E N C I A

En Gijón, a veinticuatro de junio de dos mil diez.  
Vistos por el Sr. D. Rafael Climent Durán, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número siete de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante este Juzgado con el número de registro 358/10, en los que ha sido parte demandante D. [REDACTED], representado por el Procurador de los Tribunales D. MANUEL SUÁREZ SOTO y dirigido por el Letrado D. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO, y siendo demandada la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, SOCIEDAD ANÓNIMA, representada por el Procurador de los Tribunales D. JOAQUÍN SECADES ÁLVAREZ, y dirigida por el Letrado D. CARLOS LÓPEZ CABADA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Procurador de la parte demandante, en la representación que ostenta, se presentó demanda ordinario que, tras su reparto correspondió a este Juzgado, alegando en esencia los siguientes hechos: La empresa del demandante Sr. Menéndez Menéndez tenía suscrito con la entidad bancaria demandada un contrato de préstamo hipotecario. En el mes de julio de 2008 suscribieron ambas partes un contrato denominado de permuta financiera de tipos de interés, bonificado con doble barrera, para proteger las variaciones de la evolución de los tipos de interés que afectaban a aquel préstamo. Cuando suscribieron dicho contrato, la entidad demandada no facilitó las explicaciones necesarias para ser comprendidas por el Sr. [REDACTED], a pesar de tratarse de un contrato complejo de derivados. No se aclararon los riesgos que contraía el cliente, no se comentaron los escenarios posibles, ni se indicó la fórmula aritmética aplicable para liquidar, y se establecieron condiciones distintas para Banco y cliente, que beneficiaban a aquel. No se cubrió por el Banco el test de conveniencia, y no se produjo una declaración espontánea del cliente, que prestó su consentimiento viciado por error. A continuación citaba los fundamentos de derecho que estimaba





aplicables, terminando solicitando que, previos los trámites legales pertinentes, se dictara sentencia por la que, estimando la demanda, se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés bonificado doble barrera, suscrito entre las partes, con obligación de restituirse recíprocamente todos los pagos efectuados en base a esas operaciones, con sus intereses legales, condenando a la parte demandada al pago de las costas procesales.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a la entidad demandada, con entrega de copias de la demanda y de los documentos que la acompañan, por término de veinte días comunes para comparecer y contestar a la misma, lo que hizo dentro del plazo concedido, en la representación que tiene acreditada oponiéndose a ella en base a los hechos que constan en escrito de contestación a la demanda que obra en las actuaciones, cuyo contenido se da por reproducido, citando a continuación los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminando solicitando que, previos los trámites legales pertinentes se dictara sentencia por la que, desestimando la demanda se le absolviera de lo solicitado en el suplico de la misma, condenando en costas a la parte actora.

TERCERO. Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio, prevista en el artículo 414 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, comparecieron las partes asistidas de abogado, intentándose, en primer lugar, conseguir un acuerdo o transacción que pudiera poner fin al proceso, examinándose a continuación las cuestiones procesales que podían obstar a la prosecución de éste y a su terminación, y fijándose por las partes con precisión el objeto del juicio, así como los extremos de hecho y de derecho sobre los que existía controversia. No habiendo acuerdo de las partes para finalizar el litigio, ni existiendo conformidad sobre los hechos, se acordó proseguir la audiencia, proponiéndose por las partes los medios de prueba que tuvieron por conveniente, en la forma que se contiene en escritos presentados en ese momento, y que figuran en las actuaciones, dándose por reproducido su contenido. Admitidas por el Juzgado las pruebas propuestas, en la forma que obra en los autos, se convocó a las partes para la celebración del juicio, en el plazo previsto legalmente; procediéndose a la práctica de las pruebas que habían sido declaradas pertinentes y útiles, que se llevaron a efecto en la forma prevista en los artículos 431 ss. de la Ley 1/2000, de 7 de julio, de Enjuiciamiento Civil, con el resultado que obra en las actuaciones, que se da por reproducido, haciéndose remisión expresa a los autos. Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, haciendo un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas y exponiendo sus conclusiones sobre los hechos y fundamentos de derecho debatidos en el juicio. A continuación, se declararon los autos conclusos para sentencia.

CUARTO. En la tramitación del presente juicio se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. La parte actora solicita que se declare la nulidad de un contrato de permuta financiera de tipos de interés bonificado con doble barrera, que las partes perfeccionaron el día 15 de julio de 2008, alegando error en el consentimiento prestado por el demandante D. J. [REDACTED]

Como documentos números tres y veintidós se aportaron con la demanda copias de dicho contrato, cuya existencia fue reconocida por las partes en los hechos primero y segundo de los escritos de demanda y de contestación a la demanda.

SEGUNDO. En esencia, el contrato perfeccionado entre las partes, denominado como de permuta financiera de tipos de interés, vinculado a un préstamo que anteriormente habían concertado, supone que, en el caso de que el tipo de interés variable de referencia suba, el Banco abonará una cantidad al cliente prestatario, y en el supuesto de que el tipo de interés baje de un límite prefijado, será el cliente quien tendrá que pagar al Banco.

Como indica la sentencia dictada con fecha de 27 de enero de 2010 por la sección quinta de la Audiencia de Asturias, se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 del C.c. y del art. 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, que tiene naturaleza de consensual, bilateral, sinalagmático, y de duración continuada.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante determinados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, dado que en el contrato permuta de intereses un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, tiene cierto carácter aleatorio o especulativo. No obstante, la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil, atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

Por tanto, teniendo en cuenta la naturaleza y características de dicho contrato, en la forma que ha quedado expuesta, no puede calificarse como especulativo. En sí mismo considerado, no puede declararse que la intención de la entidad Banco Popular Español, S.A. era beneficiarse en perjuicio de D. [REDACTED]. La aplicación de tipos de interés distintos a uno y otro contratante, o la fijación de periodos de liquidación diferentes son circunstancias que forman parte de la estructura del contrato, que son inherentes a su naturaleza y propia esencia.

Por otra parte, el hecho de que el préstamo previo fuera suscrito por la sociedad del demandante, y el contrato de permuta que protegía aquel de las fluctuaciones de los tipos de interés lo perfeccionara el propio demandante, en persona, no puede considerarse que constituya una irregularidad que afecte a la validez de tal negocio jurídico. No sólo porque, en relación con el Banco el demandante pudiera actuar indistintamente en una y otra condición, induciendo a confusión, sino porque el contrato que constituye el objeto de este procedimiento fue consentido, a tales efectos, por el propio demandante, quien aceptó libremente obligarse personalmente a favor de su empresa. No se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 1256 del C.c., pues a tales efectos, no consta que el demandante haya incurrido en error. Por el contrario, aceptó libremente los términos personales del contrato, en la forma que constaba en el documento en que se reseña su condicionado, sin que tal cuestión revista de ninguna complejidad para ser entendida por ninguno de los contratantes.

Por último, no afecta a la validez del contrato el hecho de que el capital nominal fuera fijo y no variara, a pesar de irse reduciendo por la amortización de las cuotas del préstamo con garantía hipotecaria. Debe tenerse en cuenta cuales son las características de dicho contrato, que exige el establecimiento de una suma de referencia, para realizar las correspondientes liquidaciones con referencia al mismo. Dicho capital es el que voluntariamente consienten las partes, y es autónomo del contrato de préstamo suscrito con anterioridad, con independencia de que uno y otro contrato estén interrelacionados y la existencia de uno no se entienda sin el otro anterior.

**TERCERO.** Del resultado de la prueba practicada en el juicio deben declararse como debidamente probados los siguientes extremos.

Con fecha de 19 de junio de 2006, D. [REDACTED] en representación de la empresa de la que era administrador, había suscrito con la entidad Banco Popular Español, S.A. un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable. Así se indica en el hecho primero del escrito de demanda, y resulta de la declaración prestada por la Sra. [REDACTED]. Debe concederse plena trascendencia probatoria a dicha alegación y declaración, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 281,3 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el mes de julio de 2008, por iniciativa de la entidad Banco Popular Español, S.A., se ofertó a D. [REDACTED] la posibilidad de suscribir un contrato de permuta financiera, por la suma de 85.000.- euros. Así se indicó en el hecho primero del escrito de demanda, y fue admitido por la testigo Sra. [REDACTED], quien indicó que dicho contrato se ofertó a la generalidad de los clientes del Banco que tenían en aquel momento un préstamo en vigor, mediante un barrido telefónico.

D. [REDACTED] no había contratado con anterioridad ningún producto financiero complejo ni derivado. Únicamente había suscrito con su Banco algún contrato de préstamo o de crédito, fondos de inversión o seguros. Así se

indicó por la parte demandada en el hecho primero del escrito de contestación a la demanda, y por la testigo Sra. [REDACTED] en su declaración.

El contrato de permuta financiera debe ser calificado como un producto derivado y complejo. Tales extremos deben declararse probados, no sólo por la propia naturaleza y consecuencias del contrato, como por la intervención posterior y derivada de un tercero intermediario financiero contratado por el Banco para rentabilizar el capital suscrito, sino porque en tal sentido se pronunció la Sra. [REDACTED], que indicó que una de las causas de la complejidad del negocio jurídico se encuentra en que la garantía de los posibles perjuicios causados al prestatario tenía como referencia un valor cambiante, como es las oscilaciones que puedan producirse en el índice de referencia del euribor, las cuales que afectan al tipo de interés aplicable y a las consiguientes liquidaciones periódicas.

La entidad bancaria demandada no realizó a su cliente un test de idoneidad en debida forma y, en realidad, tampoco cumplimentó ningún test de conveniencia. Sólo llevó a cabo uno de ellos, en fecha indeterminada (no se sabe si antes, durante o después de que el contrato fuera suscrito), que sólo consta de tres preguntas, que pueden calificarse como generales o difusas, y que no ha sido suscrito, firmado o aceptado por D. [REDACTED]. Dicho test se aportó con la demanda como documento número veinte. La Sra. [REDACTED] indicó que sólo se realizó a D. [REDACTED] el test titulado como "de conveniencia".

Cuando el demandante D. [REDACTED] comprobó, tras recibir el importe de varias liquidaciones periódicas, que existían en su cuenta cargos superiores a los esperados, lo puso de manifiesto en su Oficina Bancaria, donde se le informó que los mismos eran correctos, que se adecuaban a los términos previstos en el contrato, y que se habían devengado por una bajada inesperada de los tipos de interés. Cuando pretendió cancelar el contrato para evitar más pérdidas, se liquidó la penalización pactada, que se fijó en 8.000.- euros, aproximadamente. La parte actora alega que desconocía éstas y otras condiciones del contrato suscrito, de las que no fue informado previamente, ni tampoco instruido de los riesgos que asumía; y considera que existe causa suficiente para declarar su nulidad, por error invencible en el consentimiento prestado en su momento.

Por su parte, la parte demandada solicita la desestimación de la demanda, por entender que el contrato no está afectado por ningún vicio, y que es perfectamente válido, habiéndose cumplido todas las exigencias que debe cumplir el Banco para operaciones de este tipo.

CUARTO. En la fase previa a la contratación, sólo se ha acreditado que D. [REDACTED] debió mantener una sola conversación con la Directora de la Sucursal Bancaria, durante la cual se le explicó, a grandes rasgos, cual era el producto que se le ofrecía.

La parte demandada no ha probado que existiera alguna otra información o contacto entre Banco y cliente, distinta de dicha única conversación. Tampoco se ha acreditado que el Banco explicara por medio de folletos, exhaustivos o detallados, cuales eran las características de la operación.



Asimismo, no consta que se hiciera saber al cliente cuales eran los riesgos que entrañaba la operación financiera proyectada; y, en tal caso, no se ha demostrado que dichos riesgos se le enumeraran, o detallaran de forma minuciosa. No se le informó de las eventualidades que era posible que se produjeran. No se liquidaron las consecuencias económicas que podrían producirse en los posibles escenarios futuros. No se liquidaron las compensaciones y las deudas que era posible que se produjeran. No se informó, en definitiva, al cliente, cual sería su beneficio o perjuicio concreto en cada caso, es decir, si subían, bajaban o se mantenían estables los tipos de interés. Tampoco consta que se le informara de que, en caso de que quisiera cerrar anticipadamente la operación, se le aplicaría una penalización, teniendo un coste dinerario a cargo del cliente.

La Sra. [REDACTED] manifestó en la declaración prestada en el acto del juicio que consideró que se trataba de un cliente con experiencia en productos financieros, por lo que el producto ofertado encajaba en los intereses de D. [REDACTED] sin hacer mayores consideraciones y sin que conste que le facilitara una información suplementaria.

Es cierto que D. [REDACTED] firmó el contrato de forma libre, por lo que no pueda declararse que existiera ninguna clase de coacción. Pero la cuestión debatida no afecta a esa parcela del consentimiento prestado, sino a determinar si D. [REDACTED] como cliente, era consciente de las consecuencias que conllevaba el contrato que estaba firmando, es decir, si la entidad Banco Popular Español, S.A. cumplió con sus obligaciones. Dentro de tales deberes se encuentra el de informar debidamente a su cliente de cual es la naturaleza del contrato, de las consecuencias que podrían producirse por aplicación del mismo, y de los riesgos asumidos. Debe tenerse en cuenta que, como después se indicará, se trataba de una persona no experimentada en este tipo de productos financieros complejos.

QUINTO. Como indica la sentencia dictada con fecha de 27 de enero de 2010 por la sección quinta de la Audiencia de Asturias, los tribunales civiles carecen de competencia para declarar la conformidad o no de la conducta de la entidad bancaria con las buenas prácticas y usos bancarios. Por un lado, porque el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite sentencias meramente declarativas. Por otro lado, la supervisión e inspección de tal proceder clase corresponde, bien al Banco de España (art. 43 bis Ley 26/1.988 de 29 de julio D.I.E.C.) bien a la Comisión del Mercado de Valores (art. 13 L.M.V. de 24 de julio de 1.988).

No obstante, en el caso de que el Banco haya infringido una normativa que le exige que se comporte, de manera inexcusable, de una determinada manera con sus clientes, y alguno de ellos sufriera un perjuicio por dicha omisión, ya sea negligente o dolosa, estaría justificado el reproche civil, que podría ser considerado como causa de un error invalidante del consentimiento prestado.

SEXTO. La Directiva comunitaria 2006/73 y el Real Decreto 2177/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, así como la vigente Ley de Mercado de





Valores, 47/2007, distingue entre clientes minoristas o profesionales.

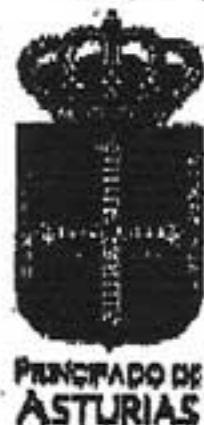
Dentro de los clientes minoristas se incluyen todos los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc, los cuales reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a su disposición.

No ofrece duda que D. [REDACTED] debe ser calificado como un cliente minorista, por las siguientes razones. En primer lugar, porque no consta que tenga conocimientos profesionales en materia económica, que tenga estudios universitarios o similares que le permitan comprender el funcionamiento de la inversión de capitales, que sea agente de bolsa o tenga una profesión similar, o que realice alguna labor de intermediación financiera. En segundo lugar, porque las operaciones bancarias que había concluido hasta ese momento son las que comúnmente realiza un ciudadano, como la concertación de algún préstamo con garantía hipotecaria, la inversión de fondos en el mercado de valores, o la contratación de un seguro. No consta que haya realizado alguna operación más compleja o derivada, además de las indicadas. En tercer lugar, porque el demandante es administrador o gerente de dos pequeñas empresas, que son un taller en liquidación y una empresa de intermediación inmobiliaria. Es decir, su actividad profesional se encuadra dentro de las previstas legalmente como cliente minorista y no profesional.

De hecho, en el llamado test de conveniencia que se aportó como documento número veinte con la demanda, el Banco indicó que su cliente no tenía un nivel especial de conocimientos, que no tenía relación con entidades financieras, y que las operaciones más complicadas que había hecho en su vida había sido la contratación de fondos de inversión o acciones. El Banco, por tanto, era consciente de la condición de cliente minorista, y no profesional, del demandante, y del especial cuidado que debía tener con el mismo para que comprendiera las condiciones del contrato.

En el supuesto de un cliente minorista, la Ley obliga a la entidad bancaria a informar sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, a fin de que el mismo pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa". Se exige que, en la información facilitada, se incluyan las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias objeto de contratación, y que se tengan en cuenta las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, debiendo ser consciente el Banco, recabando información al respecto, de los conocimientos de que dispone el cliente y su experiencia financiera, así como de aquellos objetivos.

Del resultado de la prueba practicada en el presente juicio, en la forma que se indicará seguidamente, se pone de manifiesto que la entidad Banco Popular Español, S.A. no ha cumplido con las prevenciones exigibles legalmente, que son las de máximo nivel de protección para su cliente. Con dicha omisión, ha probado a éste de la información que era necesaria para poder integrar su voluntad real, y emitir correctamente una declaración de voluntad al prestar su consentimiento contractual. Es imputable a la entidad demandada el incumplimiento de su obligación de informar a su cliente, que





es un requisito previo de inexcusable cumplimiento, para contratar un producto financiero complejo, de las características del contrato suscrito entre las partes. No se informó de las posibles consecuencias concretas del contrato, de los escenarios posibles, así como tampoco de los riesgos contraídos. Como consecuencia de la omisión de tales deberes, se ha provocado un vicio en el consentimiento prestado por D.

[REDACTED] cuando suscribió el contrato de permuta, concurriendo un error invencible en su declaración de voluntad que la invalida.

No puede olvidarse que la formación de la voluntad negocial, necesaria para poder prestar consentimiento de manera libre, válida y eficaz, precisa que los contratantes tengan plena conciencia de cual es el significado del contrato, así como también de las obligaciones que asumen. Para ello, tiene gran trascendencia los actos realizados durante la negociación previa, en la fase precontractual. En ese momento, los contratantes deben tener la posibilidad de obtener toda la información necesaria para valorar correctamente si tienen verdadero interés en el contrato proyectado. Es decir, cuando cada contratante presta su consentimiento, debe haber tenido la posibilidad de comprender suficientemente, y tener certidumbre, de que los términos, cláusulas y estipulaciones de dicho negocio jurídico se adecuan a su voluntad negocial real, y que la prestación a cuyo cumplimiento se obliga se corresponde con la contraprestación de la que será acreedor.

Concurren los dos requisitos que la doctrina exige para que pueda declararse la invalidez e ineficacia del contrato por error. En primer lugar, el error sufrido por D. [REDACTED]

[REDACTED] es esencial, pues recae sobre la sustancia misma del negocio jurídico, es decir, sobre las condiciones esenciales que han motivado su celebración. Debe estimarse probado que D. [REDACTED] no fue informado del alcance de los pactos que aceptó y de los riesgos que asumía, y que desconocía cuales eran las consecuencias reales que iban a producirse con la vigencia y aplicación de las obligaciones derivadas de dicho contrato. En segundo lugar, como el cliente desconocía tales hechos, por una conducta omisiva achacable al Banco, el error padecido no es imputable al demandante. El error que se produjo en el supuesto de hecho analizado ha sido causado por la falta de cumplimiento por la entidad Banco Popular Español, S.A. de su obligación de informar convenientemente a su cliente, sobre las condiciones reales y el alcance verdadero del contrato.

Existe relación de causalidad entre el error padecido por el demandante, en cuanto a la finalidad que pretendía con el negocio jurídico concertado, y la omisión de la demandada en el cumplimiento de su obligación de informarle correcta y adecuadamente. Ello ha producido una divergencia entre la voluntad real sobre la declarada; y, como debe prevalecer aquella sobre ésta, puede afirmarse que el consentimiento prestado por D. [REDACTED] está viciado,

pudiéndose concluir que el contrato suscrito con la entidad Banco Popular Español, S.A. adolece de causa de nulidad, y es inexistente.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS





SÉPTIMO. En desarrollo de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, puede declararse que la entidad financiera tiene un deber de lealtad hacia su cliente, en aplicación del principio de buena fe contractual, establecido en el artículo séptimo del código Civil, sobre todo en el caso de que sea el Banco quien ha tomado la iniciativa de la contratación de un producto complejo, con objetivos y propósitos previamente fijados. Dicho comportamiento es necesario para que el cliente pueda pronunciarse sobre la conveniencia de suscribir el contrato que se le propone, y decidir con adecuado y suficiente conocimiento de causa.

Para cumplir dicha finalidad, la normativa del mercado de valores exige que las entidades bancarias y financieras tiendan, en su comportamiento, a la protección y tutela de los intereses del cliente, realizando sus operaciones de forma transparente, fundamentalmente en los tratos previos al momento en que se perfecciona cada contrato.

La Ley de Mercados de Valores estableció en su momento que las sociedades de inversión y las entidades de crédito debían comportarse frente al cliente con diligencia y transparencia, desarrollando una gestión ordenada y prudente, para cuidar de sus intereses como si fueran propios. También se estableció un código de conducta, presidido por los criterios de imparcialidad y buena fe, de cuidado y diligencia, que se concretaba en una adecuada atención a las características del cliente, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión, proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión. "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva".

La Ley vigente, 47/2007, supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento. Se distingue entre clientes profesionales y minoristas, se reitera el deber de diligencia y transparencia de la entidad financiera, y se regulan exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales.

Además, hay que tener en cuenta cuales eran las especiales circunstancias que concurrían en el momento en que se suscribió el contrato de permuta objeto del presente juicio. La situación económica era muy inestable y, en relación con los tipos de interés interbancario, mientras que unos Estados los bajaban, otros no se decidían a hacerlo. Es posible que fuera complicado predecir cual iba a ser la evolución de la economía en aquel momento, cuando estaba aflorando con toda su intensidad la actual crisis económica, y es posible que los informes emitidos por los economistas y analistas financieros pudieran ser contradictorios.

De cualquier manera, aun en esa situación, el Banco siempre tiene un conocimiento superior a la que posee un ciudadano, no sólo en lo relativo a la situación económica, sino más que posiblemente sobre cual sería la posible variación en la evolución de los tipos de interés, que es un elemento esencial del contrato suscrito con D. [REDACTED]

[REDACTED]. No debe olvidarse que tiene acceso a datos económicos de los que carece su cliente, que no es más que una persona no experimentada en tal materia. Y, desde luego, el Banco no puede descartar, sin más, la posibilidad de que





dichos tipos de interés pudieran bajar, como ocurrió a los pocos meses. Por ello, estaba obligado a advertir a su cliente de dicha posibilidad o peligro potencial, que iría en contra de sus intereses y a favor de los del Banco, y no desecharla como un acontecimiento que era imposible que ocurriera.

Tanto por su deber de cumplir con las exigencias legales, como por la situación existente en aquel momento, constituía una obligación inexcusable de la entidad Banco Popular Español, S.A. la de ofertar el producto de forma distinta a como lo hizo. Tenía que haber adoptado una especial precaución y minuciosidad en la información facilitada a D. [REDACTED], tanto en lo que le podía beneficiar como en lo que podía perjudicarlo. Debía haberle planteado, con supuestos concretos y liquidaciones en dinero, cuales eran las posibilidades que existían, tanto a su favor y en su contra. Le debía haber informado de las consecuencias del contrato y de los riesgos que asumía y, sin embargo, se desentendió de hacerlo.

De hecho, si se observan las fórmulas aritméticas contenidas en el apartado segundo de las condiciones generales del contrato de permuta, resulta bastante complicado, por no decir imposible, para una persona sin especiales conocimientos de economía o, simplemente aritméticos, poder liquidar correctamente el contrato. Este Juzgador supone que, incluso, los propios empleados del Banco tendrán que servirse de un programa informático específico para poder liquidar trimestralmente los distintos pagos, por lo complicado que resultan las fórmulas tan escuetas que se exponen (por ejemplo, qué quiere decir realmente y qué consecuencias exactas se producen con la aplicación de la expresión o la fórmula "si  $cp$  es superior a  $cr$  el comprador paga al vendedor la diferencia resultante").

Del resultado de la prueba practicada en el juicio, del examen de la documentación obrante en las actuaciones, y teniendo en cuenta que sólo existió una conversación entre D. [REDACTED] y la directora de su sucursal bancaria, previamente a suscribir una operación financiera de naturaleza compleja, puede afirmarse que la entidad Banco Popular Español, S.A. no cumplió con el deber de información a que estaba obligada. Con dicha actitud indujo a error a su cliente, y no permitió que su conocimiento se completara correctamente para poder prestar válidamente su consentimiento. Incluso podría llegar a pensarse que dicha situación ha sido provocada conscientemente por el Banco, es decir, que el incumplimiento de sus obligaciones se ha hecho de manera intencionada, para lograr un beneficio o asegurar sus inversiones.

**OCTAVO.** Se alega en la contestación a la demanda que D. [REDACTED] sólo ha reclamado cuando comenzaron las pérdidas, y que si hubieran existido ganancias, no se hubiera denunciado el contrato. Pero tal situación puede ser interpretada como un verdadero desconocimiento del cliente de la naturaleza del producto financiero contratado, de los riesgos asumidos y de las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato: hasta que los intereses no empezaron a bajar, y las pérdidas se manifestaron, no se dio





cuenta realmente de cual era la trascendencia de lo contratado.

NOVENO. Como documento número veintiuno se aportó con la demanda un documento librado por la entidad Banco Popular Español, S.A. y firmado por D. [REDACTED] en el que aquel dice manifestar que, "en base a lo declarado a la entidad, ésta estima que el producto o servicio pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado y, tras haber sido informado sobre la naturaleza y los riesgos asociados al mismo, ha cedido, actuando por cuenta propia, de forma libre e independiente, y con base a sus propias estimaciones, contratar el producto". Una cláusula similar se hizo constar como condición particular, previamente impresa en el contrato suscrito entre las partes, que se aportó con la demanda como documento número dos.

No puede calificarse a dicho documento como un test de idoneidad, en el sentido de que el Banco tenga por cumplida su obligación de recomendar a su cliente un producto adecuado a su conocimiento, entendimiento y experiencia inversora, para que pueda evaluar los riesgos que conlleva la operación proyectada, siendo la decisión última de éste.

En dicho documento no se especifica cuales eran los riesgos concretos de los que el cliente había sido informado por el Banco, cuales iba a ser el perjuicio que se derivaría de una bajada de los tipos de interés por debajo del límite prefijado, o las consecuencias negativas derivadas de otros eventos imaginables. La omisión en dicho documento de tales menciones no permite declarar como debida y adecuadamente cumplido, no sólo el deber de información exigible a la entidad financiera, a lo que antes se ha hecho referencia, sino también el test de idoneidad que debe cumplir la entidad bancaria o financiera, previamente a perfeccionar un contrato complejo.

Pero es que en dicho documento tampoco se reseña cuales eran los riesgos exactos que el cliente asumía por la operación financiera. No se le informó sobre una previsión razonada de los posibles comportamientos futuros del tipo variable de interés de referencia. No se permitió a D. [REDACTED]

[REDACTED] que, con suficiente conocimiento de causa, pudiera valorar si la oferta que le había hecho su Banco satisfacía sus intereses, teniendo en cuenta los tipos de interés previsibles o, al menos, posibles y, sobre todo, no se calcularon los posibles escenarios o situaciones que pudieran producirse, y los beneficios o deudas que se generarían en cada caso, y su previsible importe.

La bajada de los tipos de interés que se produjo posteriormente era un evento de ocurrencia más que posible en el momento en que se perfeccionó el contrato. Pero no consta que el Banco informara o advirtiera a su cliente de dicha posibilidad, ni tampoco de las consecuencias económicas negativas que tendría que soportar en tal caso. El Banco no puede presuponer, sin más, que el cliente entiende un contrato cuyas cláusulas son tan complejas, y con una situación potencialmente imprevisible. Debe valorar la idoneidad de dicho cliente para comprender lo que se le explique. En el supuesto enjuiciado, ni se explicó suficientemente cual era la situación, ni se valoró por el Banco si D. [REDACTED]



[REDACTED] estaba en condiciones de asumir las explicaciones ofrecidas, en caso de que hubieran realizado.

Como indica la sentencia dictada con fecha de 27 de enero de 2010 por la sección quinta de la Audiencia de Asturias, "no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado de la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información, mientras que el Banco sí la posee".

DÉCIMO. No consta que la entidad Banco Popular Español, S.A. realizara correctamente un test de conveniencia del producto ofertado. No se ha aportado a los autos ninguna valoración interna de dicha entidad, en la que se analizara la situación y se declarara que el contrato proyectado convenía a los intereses de su cliente. No está acreditado que asesorara debidamente a D. [REDACTED], y recomendara este producto, entre los posibles o disponibles, como el que mejor se amoldaba a sus intereses.

Ni siquiera consta que se sometiera a D. [REDACTED] a un test de conveniencia, en la forma exigida por la normativa vigente. Ni tampoco que el cliente renunciara a realizar dicha prueba previamente a contratar.

La Sra. [REDACTED] manifestó en la declaración prestada en el acto del juicio que consideró que se trataba de un cliente con experiencia en productos financieros, por lo que el producto ofertado encajaba en los intereses de D. [REDACTED].

[REDACTED]. En el fondo, viene a reconocer que, de manera implícita y sobre la marcha, hizo un análisis psicológico de las características personales y financieras de su cliente, y también de sus intereses comerciales o financieros y, sin hacerlos constar por escrito, realizó a un mismo tiempo el test de conveniencia y el de idoneidad, pero sin cumplir con los requisitos legalmente exigibles.

La Ley del Mercado de Valores establece que el Banco "obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente... en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan"; y que, "cuando el cliente no proporcione la información indicada... la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él".

Es decir, como el Banco debe proteger al cliente, no puede recomendarle una determinada inversión, que puede conllevar unos resultados adversos no queridos, sin haber obtenido previamente esa información.

El documento número veinte de los aportados con la demanda no puede calificarse como un verdadero test de conveniencia. Por un lado, no reúne los requisitos anteriormente expuestos, para declarar su validez. Por otro lado, los datos son tan escuetos, que impiden al Banco valorar cual era la situación verdadera de su cliente. No ha cumplido con sus obligaciones sin que, además, tal documento haya sido suscrito por D. [REDACTED], ignorándose quien lo ha confeccionado, y si se basa en datos reales.

UNDÉCIMO. La parte demandada indicó al contestar a la demanda que no existe desproporción en las posiciones de los contratantes, y de las desigualdades en cuanto a las pérdidas de uno y otro contratante. Dichas pérdidas, a cargo de la entidad Banco Popular Español, S.A., fueron de 370.81.- euros, de 713.78.- euros, de 811.43.- euros y de 888.23.- euros cada trimestre. Así consta en los documentos números cuatro y siguientes de los aportados con la demanda. La parte demandada expuso que las mismas no son más que una consecuencia de la aleatoriedad y variabilidad de los tipos de interés, que es una cuestión ajena a la entidad bancaria.

Si bien es cierto lo indicado en la contestación a la demanda, para que no pudiera entrarse a analizar la existencia de un error invalidante del contrato, sería preciso que la entidad Banco Popular Español, S.A. hubiera avisado a su cliente de tal posibilidad, es decir, que se podrían generar tales desigualdades, o producir dichas pérdidas. Ello le habría permitido una valoración correcta de los riesgos que asumía, y decidir adecuadamente si contrataba o no unos servicios financieros que podían perjudicarlo económicamente, de manera continuada y persistente, durante todo el tiempo en que se iba a prolongar dicho contrato. No consta que el Banco facilitara dicha información, de forma imparcial, clara y no engañosa. No se analiza una cuestión ajena al Banco, como es la variación en la evolución de los tipos de interés, sino la conducta precontractual mantenida por el mismo, de la que sí que es responsable.

DUODÉCIMO. A la vista del clausulado del contrato, teniendo en cuenta que la iniciativa para que D. [REDACTED] lo suscribiera partió de la propia entidad bancaria, puede calificarse el mismo como de adhesión, pues no consta que el cliente diese ninguna clase de indicación de cuales debían ser los elementos esenciales de dicho negocio jurídico.

El demandante D. [REDACTED] se limitó a firmar el contrato que había confeccionado la entidad Banco Popular Español, S.A., con un clausulado genérico que se le puso a la firma y del que, como mucho, se le informó de manera genérica.

No podría aplicarse la Ley de Consumidores y Usuarios, pues considero que D. [REDACTED] no ostenta, respecto de la entidad Banco Popular Español, S.A., la condición de consumidor, en la forma prevista en el artículo primero de dicha Ley. Tampoco sería aplicable la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, pues no se concreta en la demanda cuales de las estipulaciones del contrato incurren en falta de claridad e imprecisión.

No obstante, las estipulaciones contenidas en el contrato suscrito entre las partes no podrían ser declaradas como abusivas, generadoras por sí mismas de nulidad radical, en base a lo dispuesto en el artículo 10 de aquella Ley. Aunque también es cierto que, como no se ha respetado por el Banco la protección exigida legalmente a favor de los consumidores, en la forma exigida legalmente, dada la dificultad de entendimiento y de simplicidad en el clausulado del contrato, que se aprecia por la lectura del mismo, con vulneración de la buena fe contractual y el justo equilibrio entre las prestaciones recíprocas. Ello no hace más que abundar en la existencia de un vicio del consentimiento, que autoriza a declarar la nulidad del contrato, por los perjuicios causados



al cliente, derivados de la inadecuada redacción y la poca sencillez y claridad del contrato, que son imputables a la parte demandada.

DÉCIMO TERCERO. Ha quedado demostrado que la entidad Banco Popular Español, S.A. no cumplió con su deber de información adecuada a D. [REDACTED] en los tratos y conversaciones habidas antes de suscribir el contrato. Si bien es cierto que el contrato es sinalagmático y que una entidad bancaria debe velar por sus propios intereses, como son la obtención del máximo beneficio posible, ello no es obstáculo para exigir a la entidad financiera que oferta un producto complejo el deber de comportarse lealmente con su cliente. Tal lealtad supone velar por los intereses de éste, extremando al máximo el deber de información ofrecida. En ese sentido, la Ley de Mercado de Valores establece expresamente que el Banco velará por los intereses de su cliente como si se tratara de los suyos propios.

A la vista del resultado de la prueba practicada en el presente juicio, en la forma que se ha descrito en los fundamentos de derecho anteriores, puede declararse como debidamente demostrado que la entidad Banco Popular Español, S.A. no cumplió con sus obligaciones, pues no facilitó a D. [REDACTED], de manera completa o, al menos, correctamente, la información necesaria para que éste pudiera contratar con conocimiento, y prestar su consentimiento con libertad de criterio; para que fuera consciente de las características del producto que suscribía, así como también de las consecuencias que podían devengarse durante su vigencia y desarrollo. Como consecuencia de tal pasividad u omisión, la entidad Banco Popular Español, S.A. indujo a D. [REDACTED] a error sobre las posibilidades de rentabilidad del producto contratado.

Por ello, al concurrir los requisitos exigidos doctrinalmente, en la forma expuesta en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe estimarse la demanda interpuesta, pues debe considerarse que existió un error en el consentimiento prestado por D. [REDACTED], que permite declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés bonificado con doble barrera, que las partes perfeccionaron el día 15 de julio de 2008.

La nulidad del contrato produce sus efectos, no sólo para el tiempo venidero, sino también con carácter retroactivo - "ex-tunc" y no "ex-nunc"-, y por virtud de la cual ha de volverse a un estado jurídico preexistente, lo que implica que tal resultado no pueda entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, pues ello equivaldría a un enriquecimiento injusto, sino que precisamente el retorno al estado anterior al vínculo contractual, deshecho por medio resolutorio, no quedaría logrado sin su consecuencia natural y lógica del reintegro a cada uno de los contratantes interesados de las cosas y del valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato.

Es decir, la nulidad del contrato perfeccionado entre las partes conlleva la restitución de lo recibido por uno y otro contratante, con los intereses legales correspondientes,





dejando sin eficacia jurídica todo aquello que se realizó durante su vigencia.

**DÉCIMO CUARTO.** Debe condenarse a la entidad demandada al pago de las costas procesales, en aplicación del art. 394 de la LEC, por haberse estimado la demanda interpuesta en su integridad.

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

**FALLO:** Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Suárez Soto, en nombre y representación de D. [REDACTED] contra la entidad demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, SOCIEDAD ANÓNIMA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Secades Álvarez, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés bonificado con doble barrera, que las partes perfeccionaron el día 15 de julio de 2008; con la obligación de restitución de lo recibido por uno y otro contratante, con los intereses legales correspondientes, dejando sin eficacia jurídica todo aquello que se realizó durante su vigencia.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.  
E/.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior sentencia por el Sr. Magistrado Juez que la dictó y suscribe, estando celebrando audiencia pública ordinaria. Doy fe.

**PUBLICACIÓN:** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

NOTIFICADO

30 JUN. 2010

Procurador  
Manuel Suárez Soto



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.