

SENTENCIA: 00069/2011

Juicio Ordinario 1057/2010

En Gijón a 16/3/2011.

El Sr. D. PABLO FAUSTINO DE LA VALLINA MARTÍNEZ DE LA VEGA, Magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón, habiendo visto los presentes autos de JUICIO ORDINARIO 1057/2010, seguidos ante este juzgado a instancia de SA., representado por el Procurador D. MANUEL SUAREZ SOTO y asistido por el letrado D. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO, contra BANCO SABADELL S.A., representado por el procurador D. FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ VINES, y asistido del letrado D. CRISTIAN JOSE BASSAS SERRA, en reclamación de DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS CELERBADO ENTRE LAS PARTES Y DE LA CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO DE PERMUTA DE INTERES FINANCIERO O SWAP celebrado entre las partes, con obligación de restituirse reciprocamente todos los pagos efectuados en virtud de dichas operaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por SA., se presentó demanda de juicio Ordinario frente a BANCO SABADELL S.A., en reclamación de DE NULIDAD DEL CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS CELERBADO ENTRE LAS PARTES Y DE LA CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO DE PERMUTA DE INTERES FINANCIERO O SWAP celebrado entre las partes, con obligación de restituirse reciprocamente todos los pagos efectuados en virtud de dichas operaciones, todo ello por vicio de consentimiento

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado para que contestase a la demanda en el plazo de veinte días, compareciendo la demandada, quien se opuso a la misma, alegando la validez del contrato impugnado.

Tercero.- Tras la contestación a la demanda, se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa, en la que no se llegó a un acuerdo, y una vez resueltas las excepciones procesales planteadas, se admitieron las pruebas propuestas por las partes, DOCUMENTAL, INTERROGATORIO DE PARTE, PERICIAL y TESTIFICAL, tras lo cual se citó a las partes para la celebración del juicio Oral.

Cuarto.- En el acto del juicio Oral se ratificó en su demanda la demandante, oponiéndose los demandados en los términos antes referidos, tras lo cual se practicó las pruebas en su día admitidas, con el resultado que obran en autos formulando las partes sus conclusiones, quedando el juicio concluso para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- se impugna por el actor el contrato marco de operaciones financieras y el contrato de permuta de interés financiero, celebrado entre las partes en las fechas 18/4/2007 y 19/4/2007. Por vicio de consentimiento del actor.

Antes de entrar en el fondo del asunto se ha de declarar tal y como reconoce el actor el acuerdo o contrato marco celebrado el 18/4/2007, no es más que un acuerdo marco para regular cuestiones generales de futuras contrataciones de productos financieros, sin que el mismo de lugar a obligaciones para las partes, y en particular del demandante si no confirma las operaciones a realizar, en las que se fijaran las condiciones particulares de las mismas. Por lo que entiende este juzgador que lo que hay que analizar es el contrato de permuta de interés financiero celebrado entre las partes el 19/4/2007, a través de la confirmación de la operación del citado contrato incurre en causa de nulidad.

Los motivos invocados de nulidad del SWAP o permuta de interés financiero, se basan en un defecto de información por parte de la entidad bancaria, basado en falta de folleto informativo, falta de presentación de escenarios posibles. Test de idoneidad del cliente, así como que el contrato se celebró para estabilizar el tipo de interés de otro préstamo, y que en la actualidad paga por los dos contratos más que lo que pagaba inicialmente, así como que en la contratación del SWAP se le indicó que si los tipos bajaban se podría efectuar un instrumento inverso.

Segundo.- frente a la reclamación de contrario el banco niega la última afirmación reflejada en el fundamento jurídico anterior, y afirma que el demandado fue debidamente informado del tipo de contrato que iba a suscribir, así que no está pagando por intereses cantidades superiores a la estabilización de tipos de interés pretendida por el actor con la firma del SWAP, y que no existió vicio de consentimiento ni quiebra del deber de información.

Tercero.- El contrato de permuta de interés financiero como el de autos, es un contrato atípico, aleatorio, lícito, que respecto de un capital nominal ficticio o de referencia (nacional) y un tipo de intereses de referencia normalmente fijo, pactan las partes abonarse respectivamente a una o varias fechas concretas la diferencia entre el tipo de interés de referencia y uno real variable y determinable en cada momento en los mercados financieros, todo ello respecto del capital nacional; de tal modo que si suben los tipos de interés en el mercado respecto del tipo fijo pactado un contratante paga y el otro recibe la diferencia de los intereses antes descritos, y si bajan los tipos de interés respecto del pactado las prestaciones se vuelven inversas.

Este contrato puede ser autónomo de cualquier otro, en cuyo caso es un contrato pura y netamente especulativo a juicio de este juzgador, ya que no deja de ser una apuesta a favor o en

contra del mercado o evolución del tipo de interés. O bien se puede pactar como derivado o complemento de otro celebrado entre las partes, de intereses variables (préstamo, crédito etc...), en cuyo caso los contratantes se intentan proteger bien de las subidas o bajadas del tipo de interés del contrato de tipo de interés variable.

Cuarto.- Manifestado lo anterior, y entrado en el fondo del asunto planteado por el actor en su demanda, sin introducir nuevos elementos que no estén reflejados en la misma. Se ha de declarar que el primer motivo de nulidad invocado se basa por parte del actor en vicio de consentimiento basado en el dolo y error. Relacionando ambos vicios de consentimiento al alegar el actor que el error que padece en la celebración del contrato se basa en el comportamiento poco diligente del demandado o que de forma consciente le ha ocultado o no le ha facilitado la información necesaria para saber que estaba contratando y sus consecuencias. Pero que en todo caso el actor ha sufrido error en su consentimiento. Así como que celebrado el SWAP para estabilizar los tipos de interés de un préstamo preexistente en otra entidad bancaria paga en la actualidad mas cantidades por ambos contratos que los que pagaba antes de su celebración.

Quinto.- en lo que se refiere al error, se ha de declarar que para que el error sea un vicio del consentimiento y que permita la declaración de nulidad del contrato de acuerdo con el artículo 1266 ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y ha de ser según la jurisprudencia excusable a quien lo padece.

El error es a juicio de la jurisprudencia inexcusable cuando pudo ser evitado por quien lo padece empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe.

La diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 4-1-1982).

A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982).

Declarado lo anterior La reciente sentencia de la AP. de la sección 7ª, sección que conocería de un eventual recurso contra la sentencia de este juzgado, de fecha 29/10/2010, tiene declarado que en casos como el de autos (contratación de un SWAP), ante las evidentes notas de aleatoriedad y también en cierta medida, de especulativo, que comporta un riesgo para quien lo concierda con la entidad, se obliga a la entidad demandada a reforzar la exigencia de una información que tienen las entidades bancarias para sus clientes, no siendo suficiente una información genérica del mismo ni remitirse a documentos, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa y se requiere la adecuada y completa información al cliente con carácter previo a la firma un contrato como el presente en el que, una bajada importante de los tipos de interés originan importantes pérdidas, debiendo de informar la actora al cliente de forma completa y adecuada sobre las características de la operación concertada, y de los riesgos concretos del SWAP suscritos.

De forma específica declara la sentencia que ese deber de información ha de extenderse especialmente en casos de que se produjese una importante bajada de tipos de interés, para formar correctamente el consentimiento del actor, indicando la referida sentencia que esa información ha de ser previa a la celebración del contrato y no se subsana con la firma del contrato, todo ello al amparo de los artículo 60.5 del RD 217/2008 artículo 79 de la ley de mercado de valores vigente al contratar actualmente 79 bis 3 y 79 bis y el RD. 629/93.

Esta sentencia enlaza o nos lleva a la conclusión de que, para apreciar esa diligencia exigible, en este caso concreto, hay que valorar si la otra parte coadyudó con su conducta o no al vicio del consentimiento del actor, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Pues debido a los artículos antes descritos y demás concordantes, en el caso de productos de inversión complejos, la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, quien tiene que actuar con la diligencia del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, así como de lo previsto en los artículos 79 de la Ley de mercado de Valores y el RD 629/1993. En conclusión en atención a la referida sentencia de la AP., este juzgador alcanza la convicción de que si el vicio en el consentimiento del actor o error alegado está fundado en una quiebra de los deberes de información adecuada y completa del demandado, la acción del actor debe de prosperar, a salvo en todo caso que el cliente del banco fuera un inversor avezado o que conociera con carácter previo al contrato o en el momento de su firma en qué consistía el mismo, y en particular sus riesgos para el cliente bancario, ya que en caso contrario no existiría error o no sería excusable. De tal modo que no es suficiente el incumplimiento del banco del deber de información para que de lugar a la nulidad interesada, ya que de lo contrario el legislador así lo habría declarado, al igual que lo declara en el artículo 7 de la Ley de crédito al consumo para la falta de forma escrita de los contratos de crédito o asimilados al consumo, y porque este juzgador entiende que la nulidad de los contratos solo se da en



aquellos supuestos expresamente previstos en la Ley o por causas prevista en la Ley, y en relación a este caso por el vicio del consentimiento, no por la simple quiebra del deber de información.

Quiere continuar este juzgador aclarando a los efectos de dar claridad al asunto que tal y como ha declarado la jurisprudencia ya expuesta, el error como vicio de consentimiento, implica tres requisitos: el primero el error, el segundo que sea sustancial y el tercero que sea excusable.

Es por ello que procede analizar en este caso concreto, que información suministró el demandado al actor antes de la celebración de este contrato y si el actor sabía lo que estaba contratando, así como si es cierto que la carga financiera sobre el actor es superior a aquella que quiso estabilizar, y ello por el representante legal del actor y su asesor, el SR. Moran empleado del actor, manifiestan que el objetivo buscado por el SWAP fue estabilizar los tipos de intereses en una situación de subidas de tipos de interés.

Sexto .- son hechos acreditados en juicio por no haber sido discutidos por las partes o haber sido admitidos por los actores en juicio los siguientes.

Que la actora tenía un préstamo concertado con CAJASTUR en un importe de 3 millones de euros en fecha 18/10/2002 a devolver en 10 años, de los cuales dos son de carencia, en los que solo debería de pagar intereses, y que una vez terminado el periodo de carencia debía de devolver el capital junto a sus intereses en 96 cuotas, a un intereses variable del Euribor a seis meses incrementado con un diferencial del 0,5 puntos, y todo ello redondeado a un decimo de punto, actualizable cada seis meses el tipo de intereses.

Que desde el mes de noviembre de 2006 por la demandada se ofreció a la actora el contrato discutido de SWAP. Al mostrar los demandantes preocupación por la subida de tipos de interés. Firmando en fecha 19/4/2007 el contrato de permuta de interés financiero o SWAP discutido respecto de un capital nominal inicial de 2.739.403,36 € a un tipo fijo del 4.38% de liquidación semestral con fecha de vencimiento el 18/4/2012. Todo ello tras diversas reuniones por parte de personal del Banco (D. F. A.) con el gerente de la actora el SR. M. T. y el empleado de este D. P. M.

Asimismo que el referido contrato de SWAP tuvo una primer liquidación negativa para el demandante y tras tres liquidaciones positivas para el actor en el año 2008, el banco ofreció al actor liquidar el contrato con un pago de 50.000 € por el banco al demandante, negándose este. Manifestando el actor en el acto del juicio que no efectuó el contrato con una finalidad especulativa, sino para estabilizar los tipos de interés a abonar entre el SWAP y el préstamo bancario ya descrito. Queda en consecuencia acreditada que la finalidad con la que el actor celebró el contrato cuya nulidad ahora pretende es estabilizar los tipos de interés que abonaba por el contrato de préstamo durante la vigencia del SWAP.



Que en las negociaciones y todas reuniones entre el banco y la demandada, para celebrar el contrato discutido, estuvo siempre presente el SR. M T acompañado de D. Pi M , empleado de la demandada, quien afirma ser licenciado en ciencias empresariales. Discutiendo las partes el carácter o cargo del SR. M ; así la actora alega que es un administrativo de la demandante, que asesora en temas financieros a los gestores o administradores de la actora, y la demandada habla del director financiero de la demandada. Afirmando el señor Moran que es el único administrativo de la actora.

Manifiesta el SR. M que desde octubre de 2006 en que fueron informados del producto hasta la firma del contrato pasaron casi seis meses, durante los cuales hubo negociaciones informales orales y escritas. Asimismo el Sr A alega que informó y ofreció al actor el referido contrato al mostrarle esta preocupación por la subida de tipos de interés en relación con el contrato suscrito con Cajastur de préstamo a interés variable de Euribor a seis meses más un diferencial de 0.5 puntos. Y el Sr. M alega que sabía y el señor T era consciente a la firma del contrato que si el Euribor subía del tipo pactado del 4.38 % ellos cobrarían la diferencia del capital pactado y el interés fijo ya descrito del banco y si el Euribor bajaba ellos pagarían la diferencia, manifestando el Sr T asimismo esta circunstancia. y manifestado el SR. T y el Sr. M que eran conscientes a la firma del contrato que el Euribor podía bajar , pero que no contemplo a la firma el desplome de los tipos de interés. Así como que el contrato no lo celebraron con una finalidad especulativa, sino para estabilizar los tipos de interés del contrato de préstamo con Cajastur, afirmando a preguntas de este juzgador el Sr. M que sabe que en la actualidad se paga un "poquito" más que antes de la firma del contrato cuestionado sin poder precisar cuánto se paga más de intereses.

Queda asimismo acreditado por las declaraciones de D. M T representante de la actora, que tuvo en su poder un mes antes de la firma del contrato el cuestionado documento nº 15 de la demanda, aunque posteriormente alegue que desconocía el documento, y que no leía la documental que le aportaba el demandado la cual entregaba al Sr. M para que le asesorase, así como que se le efectuó una presentación del producto en power point.

De la lectura del documento nº 15 antes descrito, a juicio de este juzgador resulta claro y evidente en que consiste el contrato objeto de autos, ya que en el mismo se recoge que el cliente paga respecto de un capital establecido en el contrato, capital que se rebaja conforme a un cuadro de amortizaciones durante la duración del contrato, el 4.38% y recibe el Euribor a 6 meses, que la empresa paga el tipo fijo y recibe el variable.

Así como las siguientes indicaciones:
si Euribor a 6 meses es < a 4.38% el cliente paga el 4.38% y recibe el Euribor a 6 meses (paga la diferencia).
Si el Euribor a 6 meses es = al 4.38% no hay liquidaciones.
Si Euribor es > que el 4.38% cliente paga el 4.38%, recibe el Euribor a 6 meses (cobra la diferencia)

Manifestado lo anterior el actor alega y manifiesta y así queda acreditado en autos a juicio de este juzgador que la finalidad con la que el actor firmó el contrato cuestionado era estabilizar con el contrato cuestionado los tipos de interés del contrato de préstamo que tenía con la Caja de ahorros, préstamo que era variable al Euribor a seis meses mas un diferencial de 0.5 puntos, todo ello en un escenario de tipos de interés alcistas, y que sabían tanto el sr. T. como su asesor el sr. M. que si los tipos de interés subían respecto del fijo pactado en el SWAP ellos cobraban y si bajaban ellos pagaban, y que eran conscientes de que los tipos de interés podían bajar. Maxime cuando de las declaraciones del Sr. M. se desprende que era consciente de esa posibilidad, al afirmar que ante la eventualidad de liquidaciones negativas se les ofreció antes de la firma un producto inverso al SWAP. Aunque este ofrecimiento no queda acreditado en autos, al ser el único medio de prueba las declaraciones del Sr. M., quien asesoró la sr. T. para la firma del contrato.

Manifestado lo anterior, y no acreditado por los demandantes que se les hubiera ofrecido en la contratación del SWAP un SWAP inverso para el caso de la bajada de los tipos de interés, procede dejar al margen las alegaciones del actor, que con posterioridad al contrato se les ofreció en situación bajista de los tipos de interés otro mucho mas oneroso, ya que carece de relevancia a los efectos de apreciar si existió vicio de consentimiento en el contrato objeto de autos.

Séptimo.- Expuesto el modo en que se informó a los actores del contrato celebrado, considera este juzgador que es necesario analizar las afirmaciones del actor recogidas en su hecho octavo de la demanda, del incremento del coste de financiación del actor, por el SWAP y préstamo.

Partiendo de que no es aceptable el modo en que el actor calcula el coste de financiación y ello en consideración a tres premisas erróneas, la primera incluir a las cantidades antes descritas las amortizaciones de capital del préstamo, cuestión esta que como bien explica el demandado en su contestación y reconoce el sr. M. no ha de formar parte del coste financiero de un préstamo y SWAP, y la segunda que la celebración del SWAP tuvo como objeto la estabilización de los tipos de interés, no pagar menos que antes de la celebración del SWAP. Y la tercera que el coste de financiación no se ha de calcular en abstracto sino en relación al capital del préstamo pendiente de pago en cada momento, error este que también se aprecia en la contestación a la demanda.

Manifestado lo anterior no ha de declararse tal y como afirma el demandado la validez del SWAP por que el demandado paga cada vez menos intereses y por el SWAP, ya que tal y como han declarado el actor y el representante del Banco Sabadell la finalizada era estabilizar el coste financiero del préstamo concertado con Cajastur; si los tipos de interés variaban no verse afectado por el cambio de los mismos, de tal modo que si subían los tipos de interés pagaría mas por el préstamo y se beneficiaría del SWAP, y en una situación de bajada de tipos de intereses el efecto sería el contrario.

Manifestado lo anterior este juzgador se ha atrevido a efectuar algunos cálculos de la carga financiera soportada



por el actor respecto del préstamo y el SWAP, tomando algunas muestras de pagos mensuales, e hipótesis abstractas.

De la lectura del SWAP se pone de manifiesto que la carga financiera a estabilizar es en el 4.88% al ser el tipo del SWAP el 4.38 % e indicar en el mismo que a ese coste ha de tenerse en cuéntale diferencial fijo del pasivo objeto de cobertura.

Los cálculos efectuados por este juzgador y a falta de periciales de partes son:

- A inicio del mes de agosto de 2007, según el doc. 13 de la demanda que se tomara en cuenta para hacer los siguientes cálculos, le quedaba al actor pendiente de amortizar 2.523.860,94 € del contrato de préstamo, mes en el que pago por el contrato de préstamo 9.885,12 € de intereses al tipo del 4.7% y respecto de las liquidaciones del SWAP, en el semestre del mes de agosto 2007, se le liquidó por el SWAP una paga al actor de 3.885,16 €, por lo que le corresponde al mes de julio 647,53 € (3.885,16 €/6). Esto significa que en el citado mes de julio de 2007 se pagó respecto de un capital pendiente de amortizar de 2.523.860,94 € (9.885,12- 647,53 €), un total de 9.237,59 € en concepto de intereses y SWAP , lo que supone haciendo un cálculo de intereses anuales dividido en 12 meses , salvo error u omisión una carga financiera del 4.392% respecto del capital pendiente de amortizar.
- En el mismo mes del año 2008 le quedaba al actor pendiente de amortizar a su inicio 2.331.439,8 €, por lo que pago por el contrato de préstamo 10.368,95 € de intereses al tipo del 5.3%. Respecto de las liquidaciones del SWAP, en el semestre del mes de agosto 2008, se le liquidó por el SWAP una paga al actor de 9.735,64 €, por lo que le corresponde al mes de julio 1.622,61. Esto significa que en el citado mes de agosto de 2008 se pago por SWAP e intereses por un capital pendiente de amortizar de 2.331.439,8 € €, un total de 8.113,03 € , lo que supone haciendo un cálculo de intereses anuales dividido en 12 meses , salvo error u omisión una carga financiera del 4.18%.
- En el mes de agosto de 2009 le quedaba al actor pendiente de amortizar 2.124.942,14 € del mes de julio de 2009, por lo que pago por el contrato de préstamo 3.718,65 € de intereses al tipo del 2.1%. Respecto de las liquidaciones del SWAP, en el semestre del mes de agosto 2009, se le liquidó por el SWAP un cargo de 32.902,12 €, por lo que le corresponde al mes de julio 5.483,69 €. Esto significa que en el citado mes de agosto de 2009 pago por el SWAP e intereses por un capital del préstamo pendiente de





amortizar de 2.124.942,12 €, un total de 9.202,34 €, lo que supone haciendo un cálculo de intereses anuales dividido en 12 meses, salvo error u omisión una carga financiera del 5.196%.

- Asimismo de la documental aportada por el actor se evidencia que al inicio del mes de noviembre de 2009 le quedaba al actor pendiente de amortizar 2.065.807,38 € pago por el contrato de préstamo 2.754,41 € de intereses y Respecto de las liquidaciones del SWAP, en ese semestre se le liquido un cargo al actor de 37.595 €, por lo que le corresponde a ese mes 6.265,83 € Esto significa que en el citado mes pago por el SWAP e intereses por un capital del préstamo pendiente de amortizar de 2.065.807,38 € €, un total de 9.020,24 €, lo que supone haciendo un cálculo de intereses anuales dividido en 12 meses, salvo error u omisión una carga financiera del 5.24%.
- Asimismo de la documental aportada por el actor se evidencia que al inicio del mes de diciembre de 2009 le quedaba al actor pendiente de amortizar 2.045.622,06 €, que pago por el contrato de préstamo 2.727,5 € de intereses y Respecto de las liquidaciones del SWAP, en ese semestre se le liquido un cargo al actor de 37.595 €, por lo que le corresponde a ese mes 6.265,83 € Esto significa que en el citado mes pago por el SWAP e intereses salvo error u omisión una carga financiera del 5.27%. respecto del capital pendiente de amortizar.
- Asimismo de la documental aportada por el actor se evidencia que al inicio del mes de enero de 2010 le quedaba al actor pendiente de amortizar 2.025.409,83€, que pago por el contrato de préstamo 2.277,76 € de intereses y Respecto de las liquidaciones del SWAP, en ese semestre se le liquido un cargo al actor de 37.595 €, por lo que le corresponde a ese mes 6.265,83 € Esto significa que en el citado mes pago por el SWAP e intereses salvo error u omisión un intereses del 5.062 %. respecto del capital pendiente de amortizar.
- Y en el mes de febrero de 2010, le quedaba al actor pendiente de amortizar 2.005.170,65 € € del mes de enero de 2010, por lo que pago por el contrato de préstamo 2.673.56 € de intereses al tipo del 1.6%. Respecto de las liquidaciones del SWAP, en el semestre del mes de febrero de 2010, se le liquido por el SWAP un cargo al actor de 37.595 €, por lo que le corresponde al mes de febrero 6.265,83 € Esto significa que en el citado mes de febrero pago por el SWAP e intereses por un capital del préstamo pendiente de amortizar de 2.005.170,65 €, un total de 8.939,39 €, lo que supone haciendo un cálculo



de intereses anuales dividido en 12 meses , salvo error u omisión una carga financiera del 5.35%.

De lo antes expuesto se pone de manifiesto, y a falta de una prueba pericial al respecto, que el SWAP, ha funcionado en beneficio del actor cuando los tipos de interés subían, pero que cuando los mismos bajaban, el actor ha llegado a pagar un máximo de 5.35% de carga financiera; es decir no ha cumplido con las funciones de estabilizar los intereses del préstamo que el actor tenía con Cajastur, ya que existen variaciones de casi un puto porcentual respecto de las cargas financieras máximas y mínimas antes descritas, no siendo acreditado en juicio y por lo tanto de acuerdo con lo ya expuesto siendo falso la afirmación del demandado de que el contrato SWAP ha estabilizado el coste financiero del préstamo hipotecario a nivel de los tipos de interés existentes a la fecha de su formalización, ya que el actor con su documento 13 acredita que a fecha de su formalización pago por el préstamo el 4.2% (3.7% mas el diferencial del 0.5%), y de lo antes expuesto se pone de manifiesto que el actor ha llegado a pagar un 5.35% de carga financiera del préstamo en un momento oportuno. Asimismo teniendo en cuenta que el demandado en su hecho segundo de la demanda afirma que la oscilación de los tipos de interés desde la celebración del contrato han sido del 5.30 al 1.6 % es decir con una diferencia de 3.7% de tipos y el actor en sus liquidaciones ha tenido márgenes del 1%, se ha de concluir que el SWAP no ha cumplido la función para la que había sido contratado, ya que cuando los tipos de interés se mueven en márgenes de 3.7 puntos no se puede considerar estabilizado los tipos de interés si los que se pagan se mueven en un margen de 1 punto, es decir más del 25% del movimiento del Euribor.

El motivo de estas oscilaciones es claro a juicio de este juzgador y se desprenden de la demanda, el capital del SWAP y el préstamo no coinciden siendo siempre superior el capital del SWAP que el pendiente de amortización del préstamo, de tal modo que en un escenario de subida de tipos de interés el swap favorece al actor más que lo que le perjudica el préstamo, con efectos inversos en escenarios de bajadas de tipos de interés. Así examinado el SWAP y los justificantes de pago de las cuotas del préstamo, se evidencia que los contratos tienen los siguientes capitales:

- de abril de 2007 a octubre del 2007 el SWAp tenía un capital de 2.739.403 € mientras que el préstamo tenía un capital pendiente de amortizar en abril 2.577.000 €, y en octubre 2.491.775 €.
- De octubre de 2007 a abril de 2008 el SWAP 2.696.248 € y el préstamo capitales que iban de 2.491.775 a 2.396.087 €.
- de abril a octubre de 2008 el SWAP 2.577.310 y el préstamo de 2.396.087 a 2.266.041 €.
- De octubre de 2008 a abril de 2009, el swap 2.459.427 y el préstamo de 2.266.041 € a 2.200.378.
- De abril a octubre de 2009 el SWAP 2.338.524 y el préstamo de 2.200.378 a 2.105.265 €.



- Y de octubre de 2009 a abril de 2010 el SWAP 2.214.524 y el préstamo de 2.105.265 € a 1.964.611 €.

Estas diferencias entre el capital del Swap y el préstamo, implica como ya se ha indicado que al ser superior el capital del SWAP que el préstamo en caso de bajadas de tipos de interés como las ocurridas, el actor se ve en mayor parte perjudicado por los pagos a efectuar en el Swap, que las bonificaciones que experimenta con las bajadas del tipo de intereses del préstamo, y de este modo sube la carga financiera del actor. De tal modo que si los tipos de interés bajan no se obtiene la estabilización pretendida.

A modo de ejemplo, y a falta de una pericial en autos, en abstracto y tomando como fecha el mes de febrero de 2010 y el capital del préstamo pendiente de amortizar a esa fecha y el capital del SWAP de esa misma fecha, y tomando como referencia asimismo los tipos de interés mínimos y máximos del Euribor a 6 meses que dice el actor durante la vigencia del SWAP hasta la contestación a la demanda (el 16% y el 5.3%) en el caso de aplicar el 1.6%, en el SWAP el actor pagaría el 2.78% de 2.214.524 €, es decir 61.563,76 € anuales y en el préstamo se pagaría de intereses anuales el 1.6% mas el diferencial del 0.5% respecto de 2.005.170,65 €, es decir 42.108,58 €, por lo que la carga financiera sería de **103.672,34 €** anuales, asimismo en la liquidación presentada por el actor en el acto de la vista de audiencia previa del periodo del SWAP de 19.4/2010 al 18/12/2010, se aprecia que se aplicó el 0.954%, por lo que continuando haciendo los cálculos en abstracto con los capitales de febrero de 2010 del SWAP en computo anual, respecto de la cantidad indicada a febrero habría que pagar por el SWAP el 3.42% es decir 75.736,72 € en computo anual y del préstamo 29.155,18 €, o lo que es lo mismo un total de **104.891.9 € en computo anual**. Y si el interés máximo del Euribor fuera del 5.3%, percibiría por el swap el 2.08% es decir 22.143,16 € anuales, y pagaría por el préstamo 5.8% (5.3% mas el diferencial del 0.5 puntos) lo que asciende a 116.299,89 €, que compensado con lo percibido del SWAP daría una carga financiera de **94.156,73 €** anuales.

103.672,34 € es el 5.17% de 2.005.170,65 €. **104.891.9 € es el 5.23%** Y 94.156,73 € es el 4.69% del citado capital. Todo ello pone de manifiesto que no es cierto lo afirmado por el demandado de que con el referido contrato se estabilizan los tipos de interés, ya que es cierto que con el mismo se tienden a estabilizar como se ha expuesto, pero esa estabilización en el caso de autos se hace en perjuicio del demandado cuando los tipos de interés bajan respecto del pactado como fijo en el SWAp, ya que el capital del SWAP siempre es superior al capital pendiente de pago del préstamo que se pretende asegurar. De tal modo que ante subidas de tipos de interés el actor pagaría un máximo del 4.88 % de carga financiera, pudiendo incluso llegar a pagar menos, pero esa barrera máxima del 4.88% no se respeta en caso de bajadas de los tipos de interés.

Asimismo se ha de declarar que resulta no ser cierto las alegaciones del demandado al afirmar que el SWAP es un contrato independiente y autónomo el préstamo que tiene el actor con Cajastur. Y ello no solo de los que se desprende de



la contestación de la demanda, sino también por lo alegado por el testigo del demandado el SR. A , empelado del Sabadell, al afirmar que el SWAP era para corregir y estabilizar los tipos de interés del contrato de préstamo, así como por que en el documento nº 15 de la demanda, propuesta o solicitud del SWAP se pone de manifiesto en las condiciones que para calcular la carga financiera, el cliente debe de añadir el diferencial al que este sujeto su pasivo que es objeto de cobertura. Por lo que la propia entidad bancaria esta ya informando que el SWAP es para cubrir un pasivo.

Octavo.- se aprecia en consecuencia que el SWAP, no cumple la función para la que fue ofertada al demandante, estabilizar los tipos de interés. Asimismo en autos no se justifica por parte del demandado que se hubiera informado al actor, en el momento de contratación del SWAP, de la posibilidad de bajada de los tipos de interés en la forma que se produjeron, y los efectos que tendría en su carga financiera en caso de bajadas de los tipos de interés, es decir que pagaría más por el SWAP que los beneficios que tendría con las bajadas del préstamo a interés variable.

Es cierto que el actor sabía lo que estaba contratando pero no se justifica que supiere de sus efectos en un escenario de tipos bajistas. Quiere este juzgador continuar declarando que no es admisible que la demandada alegue que la bajada de tipos de interés en la forma que se produjo no era previsible en el momento de celebración del Swap, y ello porque es un hecho notorio, lo que es la clausula suelo de las hipotecas.

Dicha clausula no es sino un instrumento utilizado por los Bancos en las hipotecas para asegurarse unos intereses mínimos ante un posible escenario de tipos de interés bajistas en la forma que se han producido, por lo que las entidades financieras quizás no supieran que los tipos de interés bajarán en la forma que se produjo, pero si lo tenían previsto. Y de ello no se acredita por el demandado haber informado al actor en la celebración del contrato a los efectos de que se formara libremente su voluntad.

Se aprecia en consecuencia dos vicios en la voluntad del demandante, a la firma del contrato, la primera relacionada con la causa del contrato de que el mismo no estabiliza los tipos de interés como ya hemos puesto de manifiesto, castigándole en caso de bajada de los mismos. Y la segunda de que el actor no fue informado de la posibilidad de la bajada drástica de los tipos de interés y sus consecuencias en los términos ya expuestos.

Manifestado lo anterior procede analizar si esos defectos son sustanciales y excusables, así como si la negativa del actor de resolver el contrato en el año 2008 cuando así se lo propuso el demandado es causa que convalida el contrato objeto de autos.

Noveno.- que no se establezcan los tipos de interés ha de considerarse como un vicio indudablemente y ello porque el propio demandado sigue afirmando en su contestación que si se estabilizaron cuando de lo ya expuesto se pone de manifiesto que no es así, así como porque la entidad bancaria ofreció ese producto al actor con esa finalidad por lo que es evidente que el error recae sobre la sustancia del contrato por afectar a

sus efectos o consecuencias. Y el hecho de que no se informara al actor de la posibilidad de bajada de los tipos de interés en la forma que se produjo, pone de manifiesto que el actor no era consciente a la firma del contrato de la situación que se produjo durante la duración del contrato. Y ello con independencia de que el actor tenga inversiones de renta variable.

Cierto que el contrato de SWAP es claro, pero lo que no es claro son las consecuencias del mismo vinculadas a un contrato de préstamo, y no se saben hasta que las bajadas de los tipos de interés bajan, y aun el demandado sigue afirmando que el contrato ha estabilizado los tipos e interés al 4.88%, cuando ello no se acredita en juicio y de lo expuesto se desprende lo contrario.

Se dice por el demandado que si los tipos hubieran seguido subiendo nada se habría reclamado. Este juez está conforme con esta afirmación y ello porque en ese escenario el contrato hubiera cumplido su finalidad de contener los tipos de interés, sin sobrepasar el 4.88%, pero esta contención en escenarios de subidas de tipos, no coinciden en situación de bajadas de tipos de interés. Por todo ello se ha de alcanzar la conclusión de que los vicios sufridos por el actor son sustanciales.

Respecto de que el defecto sea excusable, las consecuencias del SWAP, solo se advierten una vez producida las bajadas de los tipos de interés, máxime cuando el demandado sigue afirmando que el contrato ha cumplido con su finalidad de estabilizar los intereses en el 4.88%, por lo que parece que no se ha dado cuenta el banco que este SWAP ha castigado al actor en mayor medida del 4.88% ante las bajadas de tipos de interés, y la explicación de lo que sucede en esta situación le correspondía al demandado antes de la firma del contrato tal y como ya se ha expuesto. Es por ello que se aprecia el vicio de consentimiento en el momento de la celebración del contrato, incluso en el presente caso ya que la complejidad del producto se ha puesto de manifiesto a este juzgador a la hora de hacer los cálculos expresados en esta sentencia.

Respecto de la convalidación, esta no se ha producido y ello porque pese a lo que en un primer momento se pudiera apreciar que con el comportamiento del demandado esta pudiese existir, de la demanda se aprecia que la primera vez que paga el demandado por el SWAP (primera liquidación) es a tipos de 4.10% luego hay dos liquidaciones por las que cobra el demandante, y el demandado ofrece resolver el contrato, momento en que no se han producido las circunstancias antes explicadas que ponen de manifiesto el verdadero funcionamiento del contrato y no se acredita que el demandante sepa de las verdaderas consecuencias del mismo ante las bajadas de los tipos de interés, bajadas de tipos de interés de las que no fue informado el demandado de su posibilidad en el momento de su contratación en la forma que se produjeron. Por todo ello en virtud de los artículos 1300 y ss. del Código civil procede declarar la nulidad del contrato objeto de autos. Condenando en aplicación de los citados artículos y el artículo 219 de la LEC., al demandado a devolver las prestaciones cobradas por este contrato una vez descontadas las cantidades por el pagadas al actor, todo ello fijado a fecha del juicio oral, de



tal modo que las que se liquiden en su caso un momento posterior a esta sentencia o el juicio oral, deberá de ser reclamada por el actor en procedimiento posterior en su caso a este juicio al no poder ser liquidadas en ejecución de sentencia conforme al artículo 219 de la LEC.

Estas cantidades son:

- a) pago por el actor el 18/10/2007 3.885,16 €
- b) cobro por el actor el 18/4/2008 de 3.708,79 €.
- c) Cobro por el actor el 18/10/2008 de 5.244,83 €.
- d) cobró por el actor el 18/4/2009 de 9.735,64 €.
- e) Pago por el actor el 18/10/2010 32.902,12 €.
- f) Pago por el actor el 19/4/2010 de 37.595 €
- g) Pago por el actor el 18/4/2011 de 31.351,84 €.

Todo ello hace un saldo para el actor de 87.044,86 €.

Quinto.- En aplicación de los artículos, 1100, 1101 y 1108 del CC, así como el artículo 576 de la LEC; la cantidad objeto de condena devengará a cargo del demandado el interés legal del dinero desde la fecha de la demanda, hasta la fecha de esta sentencia, en que devengará el interés previsto en el artículo 576 de la LEC, hasta su pago

Sexto.- en materia de costas al ser estimada la demanda procede hacer pronunciamiento respecto a su imposición al demandado.

Vistos los artículos anteriormente, concordantes y demás de pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada por SA., representado por el Procurador D. MANUEL SUAREZ SOTO y asistido por el letrado D. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO, contra BANCO SABADELL S.A., representado por el procurador D. FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ VINES, y asistido del letrado D. CRISTIAN JOSE BASSAS SERRA, debo de declarar la nulidad del contrato de permuta de interés financiero celebrado entre las partes de este proceso el 19/4/2007 en el marco del contrato de operaciones financieras celebrado entre las partes el 18/4/2007 y solicitud de contrato efectuada por el actor al demandado el 17/4/2007. Condenado a las partes a la devolución de las cantidades percibidas en virtud del primer de los contratos antes descritos declarado nulo, Y que a fecha del juicio oral implican que el demandado deba de abonar al actor 87.044,86 € por los conceptos antes descritos. Respecto de las posteriores cantidades que las partes se abonen en virtud del contrato declarado nulo desde el juicio oral hasta la firmeza de esta sentencia deberán de ser reclamadas en el procedimiento que corresponda, al no poderse fijar las bases de su cálculo en esta sentencia todo ello de acuerdo con el artículo 219 de la LEC., y demás concordantes. Con expresa condena en costas al demandado.



Así por esta sentencia, lo pronuncio lo mando y lo firmo.

Modo de impugnación: mediante recurso de **APELACIÓN**, ante la Audiencia Provincial (art. 445 de la LEC.), que se preparará por medio de escrito presentado ante este juzgado en el plazo de CINCO DIAS hábiles, contados desde el siguiente de la notificación, limitándose a citar la resolución apelada, manifestando su voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (art. 457.2 LEC).

PUBLICACIÓN. Leída y Publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrada audiencia publicada en el mismo día de su fecha, doy fe en Gijón.

18 MAR. 2011

740 240 740 240
740 240 740 240