

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 22 DE BARCELONA
ORDINARIO 922/10

OBJETO: Validez / nulidad de contrato (swap)

PARTES: Actora / reconvénida: CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA

Letrado: Sr. Cárdenas Perdomo

Procurador: Sr. Fontquerni Bas

Demandado / reconviniénte: JORGE JUAN HERRANZ PIÑÓN

Letrado: Sr. Ballesteros Garrido

Procurador: Sr. Puig de la Bellacasa

JUEZ: Rafael Ruiz de la Cuesta Muñoz.

SENTENCIA Nº 107/2011

Raf. Ruiz de la Cuesta Muñoz

En Barcelona a 09.05.11.

Vistos por mí, Rafael Ruiz de la Cuesta Muñoz, juez del juzgado de primera instancia nº 22 de los de Barcelona, los autos de juicio ordinario seguidos con el nº 922/10 cuyo objeto, partes, Letrados y Procuradores son los que arriba constan, dicto esta sentencia a la que sirven de premisas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 14.06.11 el Procurador Sr. Fontquerni Bas, en nombre de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA y frente a DON JORGE JUAN HERRANZ PIÑÓN, promovió demanda de juicio ordinario que fue repartida a este juzgado en la que, tras alegar hechos y derecho, solicitaba sentencia *por la que estimando totalmente la demanda:*

1.- *Declare la validez y vigencia del contrato swap firmado entre CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA y DON JORGE JUAN HERRANZ PIÑÓN, de fecha 29.10.08.*

2.- *y, consecuentemente, condene a DON JORGE JUAN HERRANZ PIÑÓN a cumplir el referido contrato en todos sus términos y, en particular, a pagar los cargos correspondientes a dicho contrato swap por importe de 1.955'49 euros mensuales, correspondientes a los meses de abril a noviembre de 2010, más los intereses legales desde su vencimiento, así como todos aquellos futuros cuyo vencimiento se produzca, en su caso, con posterioridad a la interposición de la demanda y hasta la plena ejecución de la sentencia que en su día recaiga, con los intereses legales desde su vencimiento.*

Segundo.- Admitida a trámite la demanda se emplazó (30.06.10) al demandado que compareció y contestó, oponiéndose, y solicitando sentencia *desestimando dicha demanda por ser nulo, por error en el consentimiento, el contrato de permuta financiera en que se basa; con imposición de las costas a la demandante.*

Al propio tiempo formuló reconvencción solicitando *(que la sentencia) declare la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito por las partes en este litigio, lo que dará lugar a la mutua restitución de las cantidades percibidas en su ejecución, con los intereses legales que hayan devengado desde su percepción, con imposición de costas a la reconvénida.*

Tercero.- De la reconvencción se dio traslado al actor, que se opuso y solicitó *sentencia íntegramente desestimatoria de la reconvencción, todo ello con expresa imposición a DON JORGE HERRANZ PIÑÓN de la totalidad de las costas causadas a mi representada en este procedimiento.*

Cuarto.- El 17.12.10 se celebró la audiencia previa a la que asistieron las partes a través de sus Procuradores y con sus Letrados que:

*no alcanzaron acuerdo, sin que fuera posible averirles.

*el Letrado demandado hizo alegación de hechos (4) posteriores a la contestación y aportó documentos. El Letrado actor realizó las oportunas alegaciones. Se acordó unir algunos de los documentos (1 a 5, 8 y 9) y el restó

quedó unido a los autos por cuerda floja, en sobre cerrado, a efectos de una posible segunda instancia.

*el actor impugnó el valor probatorio de los documentos, y expresamente el informe pericial (doc. 5), de la parte demandada.

*se determinó el objeto del pleito.

*las dos partes pidieron prueba: la actora, interrogatorio y documental; el demandado, documental, más documental, pericial y testifical.

*se declaró pertinente toda la prueba y se señaló para el juicio el día 12.04.11.

Cuarto.- El 24.03.11 la actora presentó escrito tachando al testigo del demandado [REDACTED], de cuyo escrito se dio traslado al demandado que formuló oposición.

El 07.04.11 el demandado presentó escrito solicitando la sustitución del perito inicialmente propuesto por una compañera del mismo, a lo que no se opuso la actora.

Llegado el día se celebró el juicio al que asistieron las partes con sus Procuradores y Letrados.

Al comienzo de la vista la parte demandada aportó escritos de fecha posterior a la audiencia previa, a cuya unión a los autos no se opuso la actora.

Se practicó la prueba declarada pertinente.

Se dio a los Letrados turno de conclusiones y quedó el juicio visto para sentencia.

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

La audiencia previa y la vista se grabaron en soporte audiovisual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Previo.- Acerca de la tacha del testigo Sr. [REDACTED].

Resulta intrascendente, toda vez que ninguna incidencia va a tener en la resolución de este proceso lo manifestado por dicho testigo.

Primero.- (a) Hechos. (b) Objeto del pleito.

(a) 1.- El 29.10.08, ante la Notario de Barcelona [REDACTED] y con el número 3.830 de su protocolo de ese año, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA (en lo sucesivo CAN) de una parte y los esposos DON JORGE JUAN HERRANZ PIÑÓN y DOÑA PILAR [REDACTED] de otro, otorgaron escritura de préstamo hipotecario (doc. 1 de la demanda).

En dicha escritura la CAN concedió a los citados esposos, con carácter solidario, un préstamo hipotecario por importe de 815.000 euros, a devolver en 30 años, mediante 360 cuotas mensuales mixtas comprensivas de capital e intereses, correspondiendo efectuar el primer pago el 29.11.08 y el último el 29.10.38.

El tipo de interés nominal anual pactado fue fijo, al 5'836 %, durante el primer año (hasta la cuota de 29.10.09); y variable a partir de la finalización del primer año, resultando el tipo variable de sumar al euribor a un año un diferencial o margen de 0'85 puntos porcentuales.

La cuantía de las doce primeras cuotas (primer periodo, a tipo fijo) resultó ser de 4.800'74 euros.

En garantía de la devolución del préstamo (más intereses, costas, y gastos) los esposos prestatarios constituyeron a favor de CAN hipoteca sobre la vivienda sita en Barcelona, C/ [REDACTED] y la plaza de parking nº 40 ubicada en el sótano segundo del mismo edificio, adquiridas el mismo día y ante el mismo notario con el número anterior (3829) de protocolo, para financiar cuya adquisición se solicitó precisamente el préstamo.

2.- Siendo el tipo de interés variable una vez transcurrido el primer año de vigencia del contrato de préstamo, con el fin de dar cobertura al riesgo de incremento del euribor durante los cinco primeros años de vigencia de dicho contrato (periodo 01.11.08 a 01.11.13), el mismo día 29.10.08 DON JORGE JUAN HERRANZ PIÑÓN y la CAN otorgaron (doc. 2 de la demanda) un "contrato swap" estableciendo como tipo fijo a cargo del titular el 5'10% y como tipo variable a cargo de la CAN el euribor a un año (referido al segundo mes anterior a la fecha de inicio de cada periodo, es decir referido a agosto), sobre un importe nominal de 611.250 euros (75% de 815.000, principal del préstamo), con pagos mensuales y fechas de liquidación el primer día hábil de cada mes.

Por su interés para este pleito, se extractan (literalmente) de dicho contrato los siguientes apartados:

EXPONEN

Primero.- Que CAJA NAVARRA y el titular han suscrito un préstamo con garantía hipotecaria con el EURIBOR como índice de referencia para el cálculo del interés aplicable.

Segundo.- Que CAJA NAVARRA y el titular están interesados en suscribir un contrato de cobertura para el riesgo de incremento valor del EURIBOR.

Tercero.- Que el objeto del presente contrato Swap es establecer una cobertura al riesgo de incremento del EURIBOR durante el periodo indicado en el apartado "datos y condiciones económicas" (5 años, del 01.11.08 al 01.11.13). Esta cobertura se establece por el nominal indicado en la primera hoja de este contrato y que a su vez representa como máximo el 75% del principal concedido en el préstamo hipotecario,

La finalidad de este contrato es asegurar al titular que un posible incremento en el valor del EURIBOR sólo afectará a la cuota de su préstamo hipotecario en cuanto al nominal no cubierto.

CLÁUSULAS

Primera. Alcance de la cobertura.

CAJA NAVARRA en la fecha de inicio del periodo de cobertura establecerá el tipo fijo señalado en las condiciones económicas en función de las condiciones de mercado del EURIBOR en la fecha de formalización de este contrato Swap. En cada fecha de liquidación de este contrato, se calculará la cuota a tipo fijo cuyo importe deberá pagar el titular y otra a tipo variable a cuyo pago vendrá obligada CAN. Si el importe de la cuota a tipo fijo resultara superior a la calculada a tipo variable, CAN cargará al titular la diferencia entre ambas. En caso contrario, es decir, si la cuota a tipo variable fuera superior que la calculada a tipo fijo, CAN abonará al titular el importe resultante de la diferencia entre ellas.

(...).

El titular no deberá satisfacer prima alguna en concepto de contraprestación por la cobertura pactada en este contrato.

3.- Durante los 12 primeros meses de vigencia de los contratos de préstamo y swap el importe mensual de la cuota de amortización del préstamo hipotecario fue (como vimos) de 4.800'74 euros y (en las liquidaciones mensuales que van desde diciembre de 2008 a noviembre de 2009 inclusive, y con el EURIBOR al 5'323 % en agosto de 2008) el juego del swap dio lugar a un resultado mensual de 144'66 euros a favor del prestatario, que CAN ingresó cada mes en su cuenta.

En la segunda anualidad de vigencia de los contratos (con el EURIBOR al 1'334 % en agosto 2009) el importe mensual de la cuota de amortización del préstamo hipotecario se redujo a 3.190'98 euros, y el juego del swap dio lugar a una cuota mensual de 1.955'49 euros en contra del cliente, que CAN procedió a cargar cada mes en su cuenta.

Pueden verse en este sentido los doc. 4 a 6 de la demanda; el doc. 20 de la contestación (y

dentro de él el burofax que el Director de CAN remite al demandado Sr. Herranz el 06.10.09 notificándole la cuota mensual de la hipoteca y la del swap para el segundo año); el doc. 32 de la contestación en el que aparecen las liquidaciones del swap y las cuotas del préstamo hipotecario; y los doc. 5 y 26 de la contestación en los que aparece el valor del euribor en los meses de octubre de 2009 y de 2010.

4.- A partir del 1.10.09 actora (el Director de su oficina de la C/ Aribau) y demandado cruzaron distinta correspondencia (mails) solicitando éste la cancelación del contrato de cobertura, informando la CAN (efectuadas las oportunas consultas por parte del Director de la Oficina) del coste de la cancelación (mail de 6.10.09) calculado de forma aproximada en el 11% del importe nominal del swap (67.000 euros ó 68.939'88 euros, según las fechas; ver doc. 19 a 26 de la contestación).

5.- La CAN cargó las liquidaciones mensuales del Swap de la segunda anualidad (-1.955'49 euros) en la cuenta del Sr. Herranz, haciéndolo de manera efectiva desde el mes de diciembre de 2009 hasta el de marzo de 2010 inclusive. En el mes de abril de 2009 el Sr. Herranz retiró los fondos de su cuenta provocando los cargos de abril y mayo una situación de descubierto. La CAN retrocedió las operaciones y las cargó (y así lo ha ido haciendo sucesivamente, por operativa interna del Banco) en una cuenta especial, a la espera (en la práctica) de que se resuelva el contencioso que entre ellos existe (ver docs. 32 de la demanda y 1 y 2 aportados por el demandado en la audiencia previa).

6.- El 22.01.10 los esposos SRS. HERRANZ - ██████████ presentaron reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la CAN solicitando la cancelación del contrato de Swap y de las liquidaciones efectuadas a su amparo, así como la restitución recíproca de los importes abonados o cargados por causa del mismo en su cuenta (doc. 11 de la demanda).

El 12.04.10 presentaron reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (doc. 30 de la contestación).

Fue en base a esas reclamaciones, y a la propia tramitación del procedimiento judicial que aquí se resuelve, que el SR. HERRANZ desautorizó a la CAN el cargo de las cuotas del contrato swap, procediendo CAN a retroceder las operaciones efectuadas y a anotarlas, por operativa interna, en una cuenta especial (ver doc. 1 y 2 aportados por el demandado en la audiencia previa).

El Banco de España emitió informe el 23.10.10 (aportado por el demandado en el acto de la vista) en cuyas conclusiones: 1) *considera que CAN se apartó de las buenas prácticas financieras, al actuar con falta de transparencia y diligencia en la oferta y colocación del instrumento de cobertura, al no acreditar haber informado previamente al cliente de las características del mismo de una manera correcta y completa en la oferta vinculante del préstamo hipotecario o en la correspondiente comunicación previa, a pesar de haber sido contratado con ocasión de la formalización del citado préstamo, al que se halla vinculado;* 2) *estima que CAN se apartó de dichas buenas prácticas y usos financieros al no recoger en el contrato de permuta financiera algunas de las características esenciales que el reclamante debía conocer en el momento de la suscripción, como la naturaleza no cancelable del producto y la incidencia que tiene su contratación en aquellos casos en los que se produzca una cancelación anticipada, subrogación o cualquier otra circunstancia que pudiera alterar el nominal del préstamo vinculado, aparte de la no fijación del interés de demora aplicable;* 3) *respecto a la adecuación del producto contratado a los objetivos perseguidos por la normativa que ha servido de base para la comercialización de este tipo de productos (...) no aprecia quebrantamiento de la normativa de transparencia ni de las buenas prácticas y usos financieros.*

7.- El Sr. Herranz es abogado de profesión.

Pertenece a un despacho de Abogados (del que ha renunciado a sus cargos en el Consejo de Administración, y del que está planteada su posible salida como socio profesional) que lleva en Barcelona los asuntos (judiciales y extrajudiciales) de la CAN, aunque no ha sido él sino el otro socio ██████████ quien siempre se ha encargado de dichos asuntos y de las relaciones profesionales de la CAN con el despacho.

Ver acta de la Junta General y Universal de Socios de 25.01.11, aportada al comienzo de la

vista, y testifical del [REDACTED]

Como consecuencia de los vínculos del despacho al que pertenece con la CAN, el Sr. Herranz y su esposa eran clientes de esta entidad desde el año 1994, habiendo otorgado con ella, además de la que nos ocupa, una escritura de préstamo hipotecario en 1994 y la de pago y cancelación de dicha hipoteca en 2001, ésta última con el mismo director actual de la oficina principal de la CAN en C/ Aribau 185-187 de Barcelona con el que se negociaron el préstamo hipotecario y el swap vigentes (doc. 13 a 15 de la contestación).

En todo este tiempo su relación con la CAN se ha limitado a la suscripción (y cancelación) de los préstamos hipotecarios para la adquisición de sus sucesivas viviendas y a la titularidad de cuentas corrientes y tarjetas de crédito (testifical del Director de la Oficina de la C/ Aribau, Sr. [REDACTED]).

(b) La actora (CAN) ejercita acción para que se declare válido el contrato swap y se condene al demandado (Sr. Herranz) a pagar los cargos correspondientes desde el mes de abril de 2.010.

El demandado se opone a la demanda alegando nulidad del contrato de permuta financiera de intereses por haberlo consentido por error, al no haber sido adecuadamente informado por la CAN de los efectos del swap, al tiempo que expresamente reconviene para que se declare la nulidad del citado contrato y se proceda en ejecución a la mutua restitución de las prestaciones realizadas, a lo que (contestando a la reconvencción) se opone la CAN que considera, como ya expone en su demanda, que el contrato es válido y que ningún error en el Sr. Herranz (a la sazón abogado de profesión) existió al suscribirlo.

Segundo.- Nulidad del contrato.

Existen una serie de importantes indicios que apuntan a que el demandado no fue informado debidamente de las características del producto contratado:

1.- De las manifestaciones en juicio (conformes en este punto) del Sr. Herranz (*su esposa estaba preocupada porque el euribor estaba subiendo, preguntó que pasaba si los tipos subían; quería estabilizar por cinco años al 5'10%*) y del Director de la Oficina de la CAN Sr. [REDACTED] (*desde el principio manifestaban su preocupación de qué ocurría si subían los tipos. Cada vez que hablaban el tipo había subido. Su deseo era mantener la cuota más o menos; les explicó la posibilidad del swap, que les garantizaba un tipo determinado. El tipo fue del 5'10 %*) se desprende que en la fase precontractual sólo se contempló un escenario alcista, de riesgo de subidas del euribor.

No consta que se considerara también la eventualidad de un escenario bajista y que la CAN informara debidamente al cliente (alertándolo) de las consecuencias del contrato en esa coyuntura de bajada de los tipos de interés.

En el mismo sentido, en la parte expositiva del contrato (en la que las partes explican la causa del mismo) sólo se hace referencia (por dos veces) al "riesgo de incremento". Nunca se menciona en el expositivo que es posible un escenario en que los tipos bajen.

Es cierto que tal evento aparece en la parte dispositiva del contrato (la cláusula primera explica su funcionamiento, según el tipo fijo sea superior al tipo variable o éste sea superior a aquél).

Mas, negociado el contrato desde la exclusiva perspectiva de un escenario alcista (interrogatorio + testifical y exponiendo del contrato) sea cual sea el tenor de la parte dispositiva resulta claro que el consentimiento del cliente está hilado y se proyecta sólo (o muy especialmente, obviando su consentimiento cualquier otro escenario no alertado) respecto de aquél riesgo (en este caso el de subida de los tipos) que ha sido contemplado y ha dado lugar al otorgamiento del contrato.

Por otra parte aunque la redacción de la cláusula primera del contrato en la que se establece el juego del swap parece sencilla (si el tipo fijo es mayor que el tipo variable paga el cliente; si el tipo variable resulta superior al fijo paga la CAN), su lectura (comparativa de hipótesis contrarias) puede dar lugar a error o confusión en su entendimiento. Así le ha sucedido a la propia CAN, tanto en este pleito (por dos veces en la pág. 8 del escrito de contestación a la demanda reconvenicional contempla como alternativas posibles *la de que el importe de la cuota a tipo fijo resulte inferior a la calculada al tipo variable* -en cuyo caso, según dice, CAN cargará la diferencia entre ambas- o *que la cuota a tipo variable sea superior a la calculada a tipo fijo*, en cuyo caso CAN abonará al titular el importe de la diferencia entre ambas-. En esta exposición de la contestación a la demanda reconvenicional la CAN se equivoca, pues las dos alternativas que menciona hacen referencia a una misma hipótesis, la del tipo variable superior al tipo fijo, y de la misma deriva dos consecuencias distintas, en primer lugar que la CAN carga la cuota y en segundo término que la abona) como en la carta dirigida al Sr. Herranz el 01.10.10 (doc. 4 aportado por el demandado en la audiencia previa, en el que persiste el mismo error, mencionando las mismas alternativas. La cuya persistencia de la misma equivocación en dos documentos distintos -la contestación a la reconvenición y la carta- es signo de que el error en el entendimiento de la cláusula -sufrido por la propia CAN- es posible).

2.- Llama la atención que el contrato se firmara el 29.10.08 y que (de dentro de los cinco años de su vigencia) diera inicialmente cobertura a una anualidad (01.11.08 a 31.10.09) en la que el tipo de interés era fijo (al 5'286%).

Debe advertirse que entre las condiciones que los instrumentos de cobertura deben cumplir (según explica la propia CAN en la pág. 5 de su contestación a la reconvenición) no figura la de que la fecha de contratación de la cobertura y la del préstamo sean idénticas, pudiendo ser también la contratación de la cobertura posterior al préstamo.

Ninguna necesidad había de dar cobertura a la subida de los tipos de interés en octubre de 2008, fecha en que se iniciaba la primera fase del préstamo hipotecario en la que el interés era fijo (al 5'286%, sin ningún tipo de riesgo de subida -ni de bajada-), y que había de durar todo un año, hasta octubre de 2009.

Si el cliente deseaba contratar un producto que le cubriera del riesgo de subida del euríbor, lo lógico hubiese sido esperar a que se aproximaran las fechas en que iban a comenzar a aplicarse los tipos de interés variable (acercarse más a octubre de 2009), pues más próximos a esas fechas resultaba posible conocer con mayor exactitud el escenario (alcista o no) del tipo de referencia, y por tanto consentir o no el contrato con un conocimiento más cabal de su objeto. Es evidente que de haberse esperado a esas fechas, con el euríbor ya muy bajo (el euríbor empezó a bajar en noviembre de 08 y se desplomó en enero de 09, ver anexo VI del doc. 5 de la contestación), el cliente no hubiese firmado el contrato.

A mayor abundamiento, el innecesario juego del swap durante la primera anualidad, cuando el tipo de interés del préstamo era fijo, supuso la obtención por parte del cliente de una pequeña cuota mensual de 144 euros, que es claro que actuó como elemento disuasorio de cualquier alerta (los tipos se desploman mientras el cliente cobra esa pequeña cuota, lo que hace que no preste atención al desplome o que ninguna importancia dé al mismo) generando así un escenario de aparentes actos propios (si cobra cuando el swap le beneficia debe pasar por pagar cuando le perjudique), que después, en el procedimiento judicial, se esgrime en su contra.

Mas no pueden derivarse las consecuencias de la doctrina de los actos propios (consistentes en este caso en la aceptación de las consecuencias del contrato) cuando quien actúa no es (y no lo es por una omisión de información imputable a la otra parte) realmente consciente del verdadero alcance de sus actos.

Esta conciencia sólo existió en el momento en que cumplida la primera anualidad del contrato y producido un radical cambio de escenario de los tipos

de interés el cliente fue informado por la CAN del importe (en su contra) de la nueva cuota anual del swap (1.955 euros). Siendo que a partir de ese momento (doc. 20 de la contestación) manifestó sorpresa, perplejidad, y reaccionó buscando una salida (en principio cancelar el contrato, después y al ser informado del coste de la cancelación reclamar ante el Servicio de Atención al Consumidor y ante el Banco de España y prohibir los cargos en su cuenta, finalmente oponerse a la demanda que la CAN presenta y reconvenir) todo lo cual evidencia la no aceptación del contrato una vez se es consciente de sus efectos.

Por otra parte, del cuadro que refleja la evolución del euribor durante el periodo enero 00 a mayo 10 y que se inserta como anexo VI en el informe pericial del demandado, se desprende que tras un largo periodo alcista del euribor iniciado en septiembre de 05, aproximadamente en mayo de 08 (unos meses antes de la firma del swap) comenzó una fase de estancamiento o meseta, y a partir de noviembre de 08 (poco después de firmado el contrato) los tipos empezaron a bajar hasta desplomarse, lo que hace presumir (existían informes en ese sentido, del BBVA, CM... que el demandado aporta dentro del informe pericial que acompaña a su contestación) que la CAN pudo manejar información de que se estaba en los inicios de una fase tendencialmente bajista, y desde el conocimiento de esa información sometió a la consideración de su cliente la firma del contrato.

Es evidente que la subida o bajada de los tipos no depende de la CAN, y que esta entidad no posee dotes adivinatorias. Pero también lo es que existen analistas que estudian las tendencias de los tipos de interés y hacen públicos sus informes, a los que las entidades financieras que ofrecen este tipo de productos a sus clientes tienen acceso. Pues bien, las entidades deben ofrecer a sus clientes la información que respecto de dichas tendencias ellas poseen, y en este caso esa información no consta que se ofreciera. Sin la transmisión de esa información la entidad financiera contrata la permuta de tipos conociendo la posible tendencia de los mismos y el cliente lo hace ignorando la misma, por tanto con un consentimiento desigual al de la otra parte contractual, desinformado y viciado por esa falta de información.

Todas estas consideraciones (el conocimiento por parte de la CAN de la tendencia de los tipos, la falta de conocimiento de dicha tendencia por parte del cliente) explican el que la firma del contrato se antedatara un año a la fecha en que, por comenzar el periodo de aplicación del interés variable, el mismo resultaba necesario. Y sin ellas, tal anticipo de la firma queda sin explicación.

4.- Tampoco tiene excesivo sentido (desde el punto de vista de la información al cliente) el que el swap se firmara el mismo día que el préstamo hipotecario al que estaba vinculado, y sin embargo quedara fuera de la escritura y de la garantía de la intervención notarial.

La incorporación del contrato a la escritura y a la garantía de la intervención del notario hubiesen asegurado la lectura y en su caso la explicación y advertencia del alcance de las cláusulas del contrato, y por tanto una mayor información de su contenido y un mejor entendimiento del mismo por parte del cliente.

5.- Por último y principal, examinando conjuntamente los efectos de préstamo hipotecario y del swap (como indica el Banco de España que debe hacerse, ver el párrafo último de la pág 4 del informe de 23.12.10 aportado en el acto de la vista) resulta:

*con un interés fijo al 5'836 % el cliente pagaba a la CAN la cantidad mensual de 4.800'74 euros en concepto de amortización del préstamo hipotecario (esto es, fuera de toda duda, lo que los clientes estaban dispuestos a pagar y la CAN a cobrar por el préstamo cuando el tipo era fijo y no existían riesgos asociados a la volatilidad de los mismos). El swap hace que el primer año el cliente pague incluso 144 euros/mes menos, que es el importe

de la cuota a su favor derivada del contrato de permuta de tipos.

*con un euribor al 1'334 % el cliente ha de pagar a la CAN la cantidad mensual de 5.146'49 euros (3.190'98 euros como cuota de amortización del préstamo y 1.955'49 euros en concepto de swap).

De manera que, con un euribor al 1'334% y merced al juego del swap la cuota (el efecto conjunto de préstamo y swap) no se estabilizaba, sino que el cliente paga más (345'75 euros mensuales más: un 7'20%) que cuando amortizaba las cuotas con arreglo al tipo de interés fijo muy superior del 5'876%.

7.- Tampoco es cierto, finalmente (y además de lo dicho) que con el swap y durante su vigencia el cliente estabilizara el swap al 5'10% (que según el Director de la CAN era lo que se pretendía), siendo que el verdadero tipo de referencia a cargo del cliente (por el efecto conjunto de préstamo y swap, y merced al margen o diferencial sobre el interés variable pactado en la escritura de préstamo hipotecario) quedaba en torno al 5'95% (= euribor + 0'85 + 5'10 - euribor)

De todo lo explicado no cabe sino colegir que el cliente no fue debidamente informado del funcionamiento y consecuencias del producto, que la CAN obtuvo en cambio en él beneficio propio (resultante de la comisión del denominado contrato espejo, suscrito en fecha próxima a modo de "reaseguro" con otra entidad financiera, doc. 3 de la demanda), y que incluso (vistas las cantidades que debería pagar el demandado, de superior importe en un escenario de tipos sensiblemente más favorables para él) el producto ni siquiera satisface la finalidad teórica de que el cliente quede inmune en cualquier circunstancia (alcista o bajista) ante las oscilaciones de los tipos de interés.

La validez del swap pasa porque la entidad financiera informe de manera clara y transparente al cliente (alertándolo expresamente) de que éste opera no sólo en los escenarios alcistas del euribor que motivan la suscripción del contrato, sino también cuando el euribor baja; y pasa además porque la entidad financiera proporcione al cliente la información de que disponga acerca de la tendencia alcista o bajista de los tipos. Con esta información el consentimiento del cliente (aceptando el riesgo que la permuta de tipos supone) resulta válido. Sin ella, el consentimiento del cliente no es un consentimiento informado sino desinformado, viciado de ignorancia o error y por tanto no es un consentimiento válido sino nulo, que anula el contrato.

7.- No se aprecia como algo relevante de cara a la validez o nulidad del swap la circunstancia de que el demandado sea Abogado de profesión, pues no consta que se dedique ni que esté especializado en derecho bancario, ni que sus conocimientos profesionales hubieran de procurarle la información y las alertas (sobre los distintos escenarios del euribor en que el contrato habría de aplicarse y sobre la previsible tendencia de los tipos) que no la actora no (consta que) le proporcionó.

Antes al contrario, su dilatada relación con la CAN (como cliente de ésta desde el año 1994) y los especiales vínculos que con dicha entidad mantenía el despacho en el que trabajaba hacen que la relación entre actora y demandado se enmarque en un clima de especial confianza en el que el cliente podía esperar que el producto financiero ofrecido fuera a satisfacer sus necesidades (el riesgo de subida de los tipos) sin ningún tipo de peligro subrepticio (la obligación de pagar muy elevadas cuotas en caso de una imprevisible para él bajada de los tipos, de cuya posible tendencia no había sido informado) y por tanto sin ninguna necesidad de esfuerzo adicional de comprensión o información por su parte.

Siendo por lo demás que el tipo de productos (préstamos hipotecarios para financiar la adquisición de sus sucesivas viviendas, cuentas corrientes, tarjetas de crédito) por él contratados a la CAN han sido siempre productos sin riesgo asociado, indiciarios de un perfil de cliente lego y desprevenido ante los eventuales riesgos

inherentes a una permuta de tipos de interés.

8.- Hay que añadir, pues esto también lo discuten las partes, que el hecho de que en el contrato no se estableciera el coste de la cancelación no se considera sin embargo motivo de nulidad. Los contratos, una vez perfeccionados, son obligatorios para las partes, sin que (como regla) pueda una de ellas desistir por su sola voluntad, y sin perjuicio de que las mismas partes celebren un contrato posterior en el que (mutuo disenso) dejen sin efecto el inicialmente celebrado, pactando en tal caso la cifra (coste) de la resolución. En un contrato como el de autos, con plazo de duración determinada, no se considera que el coste de cancelación deba aparecer como mención obligatoria, pues responde a un escenario (el desistimiento unilateral antes de expirado el plazo de su duración) no contemplado.

En suma, y por todo lo explicado, se estima que el demandado no fue debidamente informado y que consintió por error (sin cabal conocimiento del funcionamiento y las consecuencias del contrato, a causa -la ausencia de información suficiente- imputable no a él sino a la actora), de manera que su consentimiento está viciado y el contrato es nulo.

Las consecuencias de la nulidad serán las solicitadas en el suplico de la demanda reconvenzional, es decir, firme la sentencia (o solicitada y concedida en su caso la ejecución provisional) el Sr. Herranz no vendrá obligado a pagar las liquidaciones mensuales del swap ni la CAN podrá reclamarlas, ni siquiera anotarlas en ninguna cuenta especial a cargo del cliente, cuyos apuntes hasta la fecha quedarán asimismo sin efecto (esto se deja dicho, pues es consecuencia de la nulidad, aunque no se llevará al fallo pues no se solicita en la reconvección) y CAN y el SR. HERRANZ deberán reintegrarse recíprocamente (compensándose en la cantidad concurrente) el importe de todos los cargos y abonos producidos como consecuencia del citado contrato, con más las consecuencias en materia de intereses que se dirán en el siguiente fundamento.

Toda vez que el importe de los abonos asciende ($144'66 \times 12 =$) a 1.735'92 euros, y el de los cargos efectivos y no retrocedidos (de diciembre a marzo: $1.955'49 \text{ euros} \times 4 =$) a 7.821'96 euros, CAN deberá al SR. HERRANZ (1202 CC) la diferencia de 6.086'04 euros, sin necesidad de deferir la liquidación de este saldo a ejecución de sentencia.

Tercero.- Intereses y costas.

En materia de intereses, de conformidad con el art. 1303 CC, habrán de calcularse, al tipo legal del dinero, los devengados por cada uno de los cargos efectivos y los devengados por cada uno de los abonos desde su respectiva fecha y hasta la de esta sentencia. Una vez determinados se compensarán los que resulten a favor y en contra de cada parte, y el acreedor del mayor importe percibirá la diferencia.

Además la CAN deberá al SR. HERRANZ, sobre la suma de 6.086'04 euros, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago (576 LEC).

Al resultar íntegra la desestimación de la demanda y la estimación de la reconvección, las costas de una y otra se impondrán a la actora (394 LEC).

Visto cuanto antecede

FALLO

Que **desestimando íntegramente la demanda** deducida por el Procurador Sr. Fontquerni Bas en nombre de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA frente a DON JORGE JUAN HERRANZ PIÑÓN, absuelvo a éste de los pedimentos frente a él deducidos.

Y que **estimando íntegramente la reconvencción** deducida por el Procurador Sr. Puig de la Bellacasa en nombre de DON JORGE JUAN HERRANZ PIÑÓN frente a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA:

Declaro nulo el contrato swap suscrito por las partes el 29.10.09.

Condeno a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA a abonar al SR. HERRANZ PIÑÓN la suma de 6.086'04 euros (resultante de compensar los abonos y los cargos efectivos producidos como consecuencia del citado contrato) con más (o menos, en el caso del apartado a/) los siguientes intereses: a) el saldo por compensación de los que resulten a favor de cada parte, aplicando el tipo de interés del dinero sobre las cifras de cada uno de los abonos y de cada uno de los cargos efectivos, desde la fecha del respectivo cargo o abono y hasta la fecha de esta sentencia, y b) los que resulten a favor del SR. HERRANZ aplicando el tipo de interés legal del dinero más dos puntos sobre la suma de 6.086'04 euros desde la fecha de esta sentencia y hasta el completo pago.

Condeno a la actora CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA a pagar al demandado/reconviniente SR. HERRANZ PIÑÓN las costas de la demanda y las de la reconvencción.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que admite recurso de apelación en ambos efectos, que deberá prepararse por escrito, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación, ante este juzgado y para ante la Audiencia Provincial. En el escrito de preparación del recurso bastará que la parte apelante exprese su voluntad de apelar, identifique la resolución apelada, y concrete los pronunciamientos de la sentencia que serán objeto del recurso.

No se admitirá el recurso si quien lo pretende no acredita, al prepararlo, que ha consignado en la cuenta de depósitos del juzgado la cantidad de 50 euros.

Por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos originales, definitivamente juzgando la primera instancia, la pronuncio, mando y firmo en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

Publicación. Dada, publicada y leída ha sido la anterior sentencia por el juez que la dictó, constituido en audiencia pública, en el día de su fecha, de lo que yo, el secretario, doy fe.