

importes que por razón del contrato de swap hayan percibido las partes la una de la otra, con imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 28 de octubre, se emplazó a la demandada para que, dentro del plazo legal, compareciera y la contestara, con apercibimiento de ser declarada en rebeldía.

Por escrito presentado en tiempo y forma, CAIXA D' ESTALVIS DE CATALUNYA contestó oponiéndose a la demandada y se convocó a las partes para la celebración de audiencia previa.

En dicho acto, las litigantes ratificaron el contenido de sus respectivos escritos y, recibido el pleito a prueba, la actora propuso interrogatorio de la demandada, documental, pericial de Don Josep Cuesta Casas y testifical de Don Antonio , Doña Jerónima ; Don Daniel y de Don Eduard Soler Villadelprat y la demandada solicitó la práctica de interrogatorio de la demandante, documental y pericial de Don Gonçal Fábregas Alegret.

Practicada en el acto del juicio la prueba que había sido admitida y declarada pertinente con el resultado que obra en autos, ambas partes formularon alegaciones finales y quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alegaciones de las partes.

S.L. solicita que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito con la demandada por vicio del consentimiento. Alega, en síntesis, que el día 15 de julio de 2008 el Sr. E: suscribió la documentación correspondiente a un leasing, a la renovación de una póliza de crédito, a una póliza de responsabilidad civil y a la constitución de un depósito de 12.000 euros, que, unos días después, recibió una llamada telefónica Caixa Catalunya en la que se le manifestó que debía ir a firmar un documento que había quedado pendiente y que estaría a su disposición en el mostrador a la espera de la firma, siendo éste firmado por el Sr. E. Que, en diciembre de 2008, recibió un abono por importe de 225 euros, siendo informada de que correspondía a una diferencia de los gastos derivados de la suscripción de los contratos de 15 de julio, y que, en marzo de 2009, recibió un cargo de 1.794,87 euros, siéndole explicado que había asumido un riesgo de alrededor de 50.000 euros en el caso de que el EURIBOR bajase. Que el Sr. E no tuvo conciencia de haber suscrito ningún producto swap ni era esta su intención y que no se le explicó la naturaleza del producto, su alcance, condiciones y consecuencias.

Añade que la gran diferencia que existe entre el beneficio y la pérdida que puede

llegar a obtener radica en que la compensación a recibir ante la subida de tipos de interés está limitada por el índice "barrera" y, en cambio, éste no existe ante un descenso de los tipos de interés y que la orden en firme de contratación de swap creciente con barrera suscrita por las partes no cumple los requisitos para cubrir la exposición al riesgo de ante subidas de tipo de los tipos de interés a los que debe remunerar a sus acreedores financieros. Que al administrador de la actora no se le sometió a ningún test de conveniencia que la normativa exige y que el producto se ofrece como "de cobertura ante el riesgo de la subida de los tipos de interés" cuando está dotado de un carácter especulativo.

CAIXA D' ESTALVIS DE CATALUNYA contestó oponiéndose a la demanda alegando que la demandante no tiene la condición de consumidor, que el consentimiento fue válidamente prestado y que la actora tuvo pleno conocimiento de lo que estaba contratando. Que no es cierto el desequilibrio manifestado de contrario, que la demandante consintió durante más dos años los efectos del contrato y que no tiene condiciones abusivas.

SEGUNDO.- Naturaleza jurídica del contrato. Nulidad por vicio de consentimiento.

El contrato objeto de la presente litis es un contrato de permuta de tipos de interés cuyo origen, al igual que otros instrumentos de cobertura de tipos, se encuentra en el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, cuyo art. 19 obligó a las entidades a ofrecer "al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés" a quienes solicitaran préstamos hipotecarios a tipo de interés variable.

Tal como se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de enero de 2010, se trata de un "contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 C. Comercio,...caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con independencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés..., limitándose las partes contratantes, 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".

Añade la referida sentencia que "en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 del 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...su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes".

De la documental aportada con el escrito de demanda resulta que el día 15 de julio

de 2008 el Sr. Estruch, administrador de S.L., firmó un contrato marco de operaciones financieras, una póliza de responsabilidad civil de administrador de empresa, un contrato de arrendamiento financiero, un contrato de cuenta corriente y una cuenta de crédito con un límite de 30.000 euros (docs. 3 y 5 a 8) y que, en fecha no concretada posterior al 15 de julio de 2008, la demandante suscribió una "orden en firme de contratación de swap creciente con barrera" solicitando, según el documento impreso facilitado por la demandada y presentado como nº 2 de la demanda, "la contratación de cobertura con las características siguientes": importe: 350.000 euros, fecha de inicio cobertura 30/09/2008, fecha de vencimiento cobertura 30/09/2011, "índice de referencia variable: EURIBOR 3M", liquidaciones: trimestral. En cuanto a la cobertura, el documento contiene un cuadro que contempla tres períodos: 1 con tipo swap 4,89%, barrera 5,30% y compensación 0,25%, 2 con tipo swap 4,99%, barrera 5,90% y compensación 0,25% y 3-12 con tipo swap 5,09%, barrera 6,00% y compensación 0,25%. Se añade en dicho documento que "esto implica los siguientes derechos y obligaciones en cada liquidación: Si EURIBOR 3M < Tipo swap del período Caixa Catalunya cobra del cliente la diferencia entre Tipo Swap y EURIBOR 3M. Si Tipo swap del período < EURIBOR 3M < Barrera del período Caixa Catalunya paga la diferencia entre EURIBOR 3M y Tipo Swap. Si EURIBOR 3M >- Barrera del período Caixa Catalunya paga al cliente la Compensación". En dicho documento consta que "en caso de cancelación anticipada, parcial o total, del Contrato/s de Financiación con Caixa Catalunya, subyacente de esta cobertura, CAIXA CATALUNYA se reserva el derecho a cancelar en la misma proporción, a precios de mercado dicha cobertura, asumiendo la Prestataria el resultado de deshacer dicha cobertura".

La demandante alega la existencia de vicio del consentimiento, por lo que la cuestión se centra en determinar si el legal representante de tuvo conocimiento de la naturaleza, contenido y efectos del contrato suscrito ya que, tal como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1996, incumbe al actor demostrar la concurrencia de los vicios o la falta de los elementos esenciales que permitan la estimación de su demanda y para que pueda estimarse error invalidante en la formación del contrato, como causa de anulación del mismo, es necesario que el error recaiga sobre condiciones esenciales incorporadas al negocio jurídico y que sea excusable, considerándose por la Jurisprudencia inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media, pues cada parte debe informarse de las condiciones que son relevantes para ella (STS de 18 de febrero de 1994 y de 14 de julio de 1995, entre otras)

Consta que la demandante es una empresa a la que la demandada le asignó la categoría de cliente minorista (doc. 14 de la demanda), por lo que, conforme a lo dispuesto en el art. 78 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, no se le presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos y resulta trascendental a los efectos de la pretensión ejercitada en la presente litis el cumplimiento de las obligaciones de información reguladas en el art. 79 bis de la Ley 47/2007, correspondiendo a la demandada, conforme al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la demostración de haber facilitado la preceptiva información en cuanto al tipo de producto y riesgos y consecuencias del contrato de permuta financiera, información que, tal como ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia menor,

tiene especial relevancia en la formación de la voluntad del cliente, dado que se trata de un producto financiero complejo cuya comprensión y correcta valoración requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general (SAP de Pontevedra de 7 de abril de 2010 y SAP de Alava de 18 de enero de 2011, entre otras).

Del documento nº 4 de la demanda resulta que, en fecha 4 de julio de 2008, la demandada facilitó a información sobre el contrato de autos identificándolo como una "cobertura davant l'alça de tipus", lo que da a entender que tiene la finalidad de evitar mayores costes en caso de subida de tipos de interés, lo cual no es totalmente cierto, por cuanto en el supuesto de bajada de los tipos de interés podía suponer, tal como ocurre en este caso, un coste muy elevado para la demandante. En fechas posteriores, la demandante firmó el contrato marco de operaciones financieras y la orden en firme de contratación de swap creciente con barrera.

En línea con lo alegado en el escrito de demanda, al ser interrogado, el legal representante de la actora, manifestó que la demandada le ofreció la contratación de un swap y, tras consultar al gestor de la empresa, rechazó dicha oferta, siendo corroborado ese extremo por el testigo Don Eduard : , quien declaró que, a principios del mes de julio de 2008, el Sr. E: le planteó que, en la negociación de un leasing, Caixa d'Estalvis de Catalunya le exigía la suscripción de un swap y un seguro de responsabilidad civil y que el testigo le aconsejó que no firmara nada, que no era adecuado para un leasing de un camión.

En la contestación efectuada por CAIXA CATALUNYA a la reclamación realizada por (documento 1 bis de la demanda) se hace constar que la confirmación de la orden se firmó en fecha 8 de agosto de 2008, admitiéndose que se realizó en fecha posterior a la firma de los restantes contratos y "ante la chica del mostrador", lo que corrobora la alegación contenida en la demanda relativa a que el Sr. Estruch se personó en la oficina de la demandada a requerimiento de ésta y que firmó el documento sin recibir información alguna sobre su contenido y consecuencias y sin poder valorar los riesgos del producto a que se refiere el documento nº 2 de la demanda. Ni siquiera fue consciente de haberlo contratado, desprendiéndose de la testifical de Doña Jerónima , de Don Eduard y de Don Antonio Gr que el Sr. E: no se percató de la contratación del swap y de sus consecuencias hasta que recibió la liquidación negativa, puesto que si bien con anterioridad se había realizado un abono, según resulta del interrogatorio del Sr. E: y de la testifical de la Sra. Sc , cuando se dirigieron a la demandada para aclarar la procedencia del mismo no les manifestaron que se trataba de una liquidación positiva de un swap y la actora no recibió documentación de dicho contrato hasta el año 2009 (testifical del Sr. G) y de la Sra. Sc).

En el escrito de 4 de junio de 2009 (doc. 1 bis de la demanda) la entidad demandada manifiesta que "la concesión de las operaciones crediticias estaba condicionada a la contratación del swap". Dicha afirmación corrobora que el contrato cuya nulidad se pretende fue suscrito en circunstancias anómalas y sin que el cliente recibiera la información clara y precisa sobre la naturaleza, riesgos del producto y su componente especulativo. Además, constituye un instrumento

financiero totalmente inadecuado para la demandante puesto que, según resulta de la testifical del Sr. Graña y de la documental aportada con la demanda, el riesgo con Caixa Catalunya era de 30.000 euros, lo que no justifica la contratación de un swap por importe de 350.000 euros, y las pólizas contratadas con otras entidades eran renovables anualmente o con interés fijo, lo que suponía en el primer caso que el interés variaría cada año en función de lo convenido y en el segundo que no era necesaria ninguna cobertura por cuanto no iba a experimentar variación.

No consta que, previamente a la suscripción del contrato, se le explicaran al administrador de la demandante, con ejemplos prácticos, las posibles consecuencias negativas del swap y, al ser interrogado sobre ese extremo, el testigo Sr. manifestó que no recordaba haber entrado "al detalle de los números", que no entraron en cálculo determinado de un supuesto, que se explicó de manera global.

Tampoco existe equilibrio de prestaciones de las partes, pues la entidad demandada limitó su riesgo sin que se limitara el de BLECAMP ya que de la documental presentada con la demanda y de la pericial aportada por la actora resulta que la compensación a percibir en caso de subida significativa de tipos de interés está limitada a un 0,25%, 2.625 euros, mientras que el importe a pagar por la demandante ante una bajada de los tipos de interés por debajo del tipo swap puede ascender a 53.182,50 euros.

Por otra parte, tal como alega la demandante, tampoco se ha acreditado que la demandada informara a, S.L. del elevado coste de la resolución anticipada del contrato que, según el documento nº 12 de la demanda, de fecha 25 de junio de 2009, era de 33.480 euros.

Por todo ello, habiéndose infringido por la demandada el deber legal de información (art. 79 bis Ley 47/2007, de 19 de diciembre), procede apreciar la existencia de vicio del consentimiento, de error excusable por parte de S.L., por cuanto ésta no es una sociedad con conocimientos financieros, y se trata de un error sobre la esencia de lo pactado que, conforme a lo dispuesto en el art. 1266 del Código Civil, invalida el contrato, por lo que procede la estimación de la demanda y la consiguiente declaración de nulidad de la orden en firme de contratación de swap creciente con barrera nº 2661001 suscrita por la actora y del contrato marco de operaciones financieras de fecha 15 de julio de 2008, suscrito por las litigantes, con restitución de prestaciones, debiéndose abonar el interés legal desde la fecha de cada cobro (art. 1303 del Código Civil) hasta la de esta resolución y los intereses del art. 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia hasta la del pago.

TERCERO.- Costas.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas han de imponerse a la demandada.

Vistos los preceptos legales citados, demás de general y pertinente aplicación y en atención a lo expuesto,

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por _____, S.L. contra CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA, declaro la nulidad de la orden en firme de contratación de swap creciente con barrera nº 2661001 suscrita por la actora y la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 15 de julio de 2008, suscrito por las litigantes, con restitución de prestaciones entre las partes, debiendo abonar el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta la de esta resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta la del pago.

Se imponen a la demandada las costas de esta instancia.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días a contar del siguiente al de su notificación. El recurso se preparará por medio de escrito presentado ante este Juzgado limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna.

Dicho recurso no será admitido si no se deposita en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado la cantidad fijada en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 1/2009.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- En Barcelona a veintiocho de abril de dos mil once. La extiendo yo, la Secretaria, para hacer constar que en este día se hace pública la Sentencia de fecha de hoy que es entregada, una vez extendida y firmada por la Ilma. Magistrada Jueza, uniéndose certificación literal a los autos de su razón, librándose las correspondientes notificaciones e incorporándose el original al Libro de sentencias. Doy fe.