

SENTENCIA: 00115/2011

21 JUN 2011

SENTENCIA

La Roda (Albacete), a 16 de junio de 2011.

JUZGADO 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 LA RODA (ALBACETE)

JUEZ: Dª Ethel Honrubia Gómez.

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 269/2010.

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED], S.A.
PROCURADORA: Sra. Sotoca Núñez.
LETRADA: Sra. Pardo Talavera.

PARTE DEMANDADA: CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE
(BANCAJA)
PROCURADORA: Sra. Herreros Olivas.
LETRADO: Sr. Sanchis Figueras.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Sotoca Núñez, en nombre y representación de la mercantil [REDACTED], S.A. interpuso demanda de juicio ordinario frente a la entidad BANCAJA solicitando que se dicte sentencia en virtud de la cual se declare la nulidad de pleno derecho del contrato marco de permuta financiera de fecha 9 de mayo de 2008, así como sus anexos, firmado entre las partes, anulando también sus efectos y retrotrayendo los mismos al momento anterior a la firma del contrato, con la consiguiente devolución por ambas partes de las cantidades que hayan podido percibir, mas el pago de los intereses correspondientes, y con imposición de las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- Las pretensiones de la parte actora se basaban en los siguientes hechos:

- La actora suscribió con BANCAJA un préstamo hipotecario en el año 2005, que amplió en 2007, por importe de 825.000 euros.
- En mayo de 2008 el director de la oficina de BANCAJA en La Roda ofreció al actor un contrato para protegerle de las constantes subidas de tipo de interés en su préstamo hipotecario.
- El actor no tomó conciencia del contrato que había suscrito hasta que empezaron a girarle las primeras liquidaciones, no guardando proporción las mismas con

las que él cobraba cuando los tipos de interés subían.

- Cuando trató de resolver el contrato, le indicaron que para cancelarlo debía satisfacer un importe de 30.000 euros.
- Dicho contrato es nulo pues le indujeron a firmarlo sin saber realmente de que se trataba, y no haberle informado de su verdadero contenido, porque sus cláusulas son abusivas e incumple los requisitos que debe tener todo contrato de adhesión.

TERCERO.- Tras admitir a trámite la demanda, y dar traslado a la parte contrario, la Procuradora Sra. Herreros Olivas, en nombre y representación de BANCAJA contestó a la demanda, oponiéndose a la misma al entender que el contrato suscrito no es nulo pues en todo momento se informó al cliente de su contenido y cumple con la normativa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Interpone demanda la Procuradora Sra. Sotoca Núñez, en nombre y representación de la mercantil S.A. frente a la entidad BANCAJA solicitando que se dicte sentencia en virtud de la cual se declare la nulidad de pleno derecho del contrato marco de permuta financiera de fecha 9 de mayo de 2008, así como sus anexos, firmado entre las partes, anulando también sus efectos y retrotrayendo los mismos al momento anterior a la firma del contrato, con la consiguiente devolución por ambas partes de las cantidades que hayan podido percibir, mas el pago de los intereses correspondientes, y con imposición de las costas del procedimiento. Entiende la actora que el contrato suscrito entre las partes en nulo de pleno derecho dado que no fue informada de las consecuencias del contrato que estaba firmando; además, sus cláusulas son abusivas y contravienen la normativa sobre los contratos de adhesión.

Se opone la demandada a las pretensiones de la demanda indicando que dicho contrato no es nulo pues en todo momento se informó al cliente de su contenido y sus consecuencias, y además cumple con toda la normativa aplicable.

SEGUNDO.- El contrato litigioso suscrito entre las partes, reviste las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Al respecto cabe precisar que el contrato de permuta financiera es considerado por la doctrina como un contrato atípico, único (que genera varias obligaciones), consensual, bilateral, sinalagmático y de duración continuada. Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce

jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la aleatoriedad es también característica de tal clase de contratos. El contrato objeto de autos también cabe calificarlo como contrato marco pues se estructura sobre la base de unas condiciones generales, idénticas para todos los productos financieros susceptibles de contratación con la entidad bancaria demandada, y unas condiciones particulares individualizadas para cada tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco.

Una vez analizada la naturaleza jurídica de este contrato, y partiendo de la misma, procede entrar a resolver la cuestión discutida.

TERCERO.- A la vista de la fecha de concertación del contrato de gestión de riesgos financieros litigioso, al supuesto examinado le sería de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Esta norma califica al consumidor o usuario como aquella persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

En consecuencia, dado que la demandante es una sociedad anónima cuyo objeto es una actividad netamente mercantil y los servicios de financiación prestados lo son obviamente en beneficio de su actividad, no cabe atribuir a la misma la consideración legal de "consumidor", careciendo, por lo tanto, del amparo de los derechos concedidos en la normativa protectora de las personas en quienes concurre dicha condición.

Ahora bien, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de abril de 2011, la no concurrencia en la entidad demandante de la condición legal de "consumidor", no excluye la procedencia de un singular amparo de la misma en su contratación, como cliente, con el Banco demandado con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación.

Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 48.2, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos

reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación; y la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación rechaza todas aquellas condiciones que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato. Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su artículo 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés (como el litigioso), con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no, exigiendo en sus artículos 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Por ello, la entidad bancaria que preste servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y de conveniencia (artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008).

CUARTO.- Atendiendo a la normativa protectora expuesta, de pertinente aplicación a la relación contractual, cabe analizar a continuación si pudo haber sido vulnerada en el supuesto contemplado.

De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica 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 éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia AP Valencia, de fecha 26-4-2006).

Como indica la Audiencia Provincial de Pontevedra en sentencia de 7 de abril de 2010, en relación a la oportuna información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero de la índole de los litigiosos de conformidad con las distintas resolución que al respecto ha dictado el Banco de España resolviendo quejas sobre este tipo de contratos, cabe concluir que las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés, las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera. Así como la manera específica en que se calculará el coste en esa situación, máxime (como indica la Audiencia Provincial de Pontevedra en la sentencia referida) cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir al demandante), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión.

En el supuesto de autos, el apoderado de BANCAJA D. Juan Pablo Alomar indicó que se siguió el protocolo que al respecto tiene la entidad pues fue él quien le ofreció el contrato al cliente y le informó sobre sus consecuencias, se hicieron unos test de idoneidad, se le dio la ficha informativa, y mas tarde se realizó el test de conveniencia; estos test los rellenó él en su ordenador si bien a la vez que le hacía las preguntas al cliente.

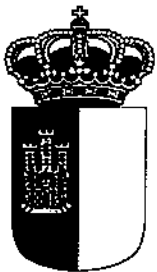
El demandante sin embargo niega estos extremos negando que le explicaran las consecuencias negativas del contrato en caso

de bajadas de tipos de interés o de que deseara cancelarlo, indicándole en todo momento el apoderado de BANCAJA que era un seguro para subidas de tipo de interés; por otro lado, negó que le hubieran entregado la ficha informativa (documento nº 3 de la contestación a la demanda). Respecto a los test que aparecen unidos a la contestación a la demanda indicó que no le preguntaron absolutamente nada y que fue el propio apoderado de BANCAJA quien los completó.

QUINTO.- Cabe analizar a continuación si la información facilitada por BANCAJA (aun cuando se hubiera seguido el protocolo de actuación de dicha entidad) fue insuficiente o no, y si la influencia de la falta de información por parte del Banco demandado acerca de las características de los productos financieros ofrecidos y suscritos por la entidad demandante en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento en ésta última determinante de una situación de nulidad contractual.

En este sentido, y como indica el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Gijón en sentencia de 21 de enero de 2010, "la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica",

En el caso objeto de autos, como ya se ha indicado, el demandante sostiene no haber sido informado previamente por BANCAJA de las características del contrato suscrito, respecto del cual pensaba que era una especie de "seguro", en caso de subida de los tipos de interés, así como tampoco de las consecuencias en caso de que decidiera resolver



unilateralmente el contrato; es decir, alega error en el consentimiento.

Al respecto cabe recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1998, que exigía, conforme al artículo 1265 CC, que dicho error recaiga sobre las sustancia de la cosa que constituye su objeto, o sobre las condiciones que han dado lugar a su celebración conforme al artículo 1266.1 CC; también se requiere que derive de hechos desconocidos por el contratante, que no sea imputable a quien lo padece, y por último, que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico concertado. Sobre el carácter inexcusable del error, cabe entender como tal el que no pudo evitarse empleando una diligencia media; en consecuencia, para averiguarlo en el supuesto de autos se necesita averiguar si la parte actora conocía que debía hacer frente a las liquidaciones negativas, y las consecuencias en caso de cancelación anticipada.

Pues bien, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte de la entidad demandada, y que ésta estaba obligada a proporcionar, acerca de las características del producto suscrito por el demandante, así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, al punto de concretarse en los términos que se han dejando expuestos, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en la demandante sobre la esencia del negocio contratado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

Destaca la desinformación y generalidad de las cláusulas del contrato litigioso acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad, y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada, limitándose a indicar en la cláusula 11 que será BANCAJA quien lo calcule teniendo en cuenta la media aritmética de las cotizaciones recibidas de las entidades financieras de referencia que hayan contestado a la solicitud de BANCAJA con anterioridad a la fecha de vencimiento anticipado. Esta cláusula además resulta de relevante transcendencia, por su contenido (pues recoge las consecuencias en el supuesto de vencimiento anticipado) en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis.

Por lo que respecta a los demás términos del contrato, como indica la Audiencia Provincial de Álava en sentencia de 5 de mayo de 2011 (sentencia que analiza un contrato similar

también concertado con la entidad BANCAJA), el contrato se ofreció por BANCAJA con el título contrato "Cobertura Dinámica", lo que en un principio lleva a pensar que nos encontramos ante un contrato de protección, como una especie de seguro. Siendo la caja quien redacta dicho contrato, le corresponde explicar al cliente el supuesto concreto y el coste que va a suponer una bajada importante de los tipos de interés. La Caja no cumple con poner a disposición del cliente el contrato, su obligación incluye informar y explicar al cliente con lenguaje normal el objeto del contrato, su coste, y los riesgos. Por otro lado, y como también indica la sentencia referida, el test que se realizó al cliente para su calificación en el propio ordenador del director de la sucursal de BANCAJA, nada tiene que ver con la realidad del contrato y con los riesgos que se derivan del mismo. En dicho test (documento nº 5 de la contestación) preguntado D. ...

cual era la razón principal por la que deseaba contratar una cobertura de tipos de interés, indica que asegurarse un tipo de interés para sus operaciones de financiación, y que sólo tenía nociones básicas sobre el particular.

En sentido similar se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Albacete, sección 2ª, en sentencia de 11 de noviembre de 2010.

Por ello cabe entender, de la lectura de la propaganda supuestamente facilitada al cliente (documento nº 3 de la contestación que después analizaremos) y de las cláusulas del contrato, que lo que se ofertó a aquel es un producto para protegerle ante una subida de tipos de interés; y si a eso añadimos como ya hemos indicado, la ambigüedad con que se refleja el cálculo que realizaría BANCAJA para determinar la cantidad que debe satisfacer el cliente en caso de vencimiento anticipado, cabe hablar de cláusulas oscuras, respecto de las cuales resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1288 CC cuando indica que la interpretación de las cláusulas oscuras no puede favorecer a la parte que las ha redactado, en este caso, la entidad demandada. La falta de información impidió a la actora conocer las características del producto que estaba contratando, omitiendo extremos esenciales en el contrato; la demandante pensó que se trataba de un producto que le proporcionaría cobertura a modo de seguro y le compensaría por el exceso que tuviera que pagar por la subida en concepto de intereses cuando los tipos se situaran por encima de los límites establecidos. Llama la atención al respecto que si bien todos los documentos que forman el contrato están firmados por el cliente, el documento informativo (documento nº 3 de la contestación a la demanda), ni está firmado ni se ha acreditado que BANCAJA entregara una copia al cliente; es más, en dicho documentos se indica que el objeto del contrato es *cubrirle el tipo de interés que paga por las diversas partidas de endeudamiento que existen en su*

balance durante los próximos 3'5 años, estabilizando sus gastos financieros ante cualquier situación de mercado.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, procede declarar la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros litigiosos, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes tal y como se solicita en la demanda.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LEC, procede imponer a la demandada el pago de las costas procesales.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMO LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora Sra. Sotoca Núñez, en nombre y representación de la entidad _____, S.L. frente a CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE (BANCAJA), y declaro nulo el contrato marco de permuta financiera suscrito entre las partes, y sus anexos, anulando también sus efectos, y retrotrayendo los mismos al momento anterior a la firma del contrato, con la consiguiente devolución por ambas partes de las cantidades que hayan podido percibir, mas el pago de los intereses correspondientes.

Impongo a la demandada el pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a su notificación. DE CONFORMIDAD CON MODIFICACION. DE LA L.O.P.J. POR LA LEY 1/2009 BOE 4-11-09 D.A. 15ª., ES PRECISO LA CONSIGNACIÓN EN LA CUENTA DE CONSIGNACIONES Y DEPOSITOS DEL JUZGADO DE LA CANTIDAD DE 50 € COMO REQUISITO PARA ADMITIR A TRÁMITE EL RECURSO DE APELACIÓN.

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