

RICARD CASAS GILBERGA
Procurador de los Tribunales
de Terrassa, Rubí y Sant Cugat

Abogado: **ARCADI SALA-PLANELL
ESQUE**
Su Ref.: --- Mi Ref.: 210407
Notificado: 12/07/11

Juzgado de Primera Instancia nº 4
Terrassa

Procedimiento Ordinario nº 1135/10-A

SENTENCIA Nº 158/11

Terrassa, 1 de julio de 2011

El Ilmo. D. Vicente Moliner Cabrera, Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de esta ciudad, en nombre de S.M. El Rey ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 1135/10 seguidos ante este Juzgado a instancia de Francisco Javier Gascón Navas y Pilar Ferrer Villalvilla, representados por el procurador de los tribunales Ricard Casas Gilberga, contra CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA -LA CAIXA-, representada por el procurador de los tribunales Vicenç Ruiz Amat, sobre nulidad contractual, formulando la parte demandada reconvencionalmente acción de resolución contractual y reclamación de cantidad contra los actores; y dicta la presente sentencia en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora formuló demanda sobre nulidad de contrato de permuta financiera de intereses, en la que por medio de párrafos separados exponía los hechos en que fundaba su pretensión, acompañaba los documentos pertinentes y hacía alegación de los fundamentos de derecho que entendía aplicables al caso, y finalizaba con la súplica de que tras su legal tramitación, se dictara sentencia que reconociera haber lugar a los pedimentos obrados.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada en legal forma; la misma compareció oponiéndose a la demanda y formulando acción reconvencional para la resolución de contrato y reclamación de cantidad, a la que formuló oposición la parte actora. En la audiencia previa, las partes comparecidas se ratificaron en sus respectivas posturas y solicitaron el recibimiento a prueba del pleito, señalándose día de juicio. Llegado éste, se practicaron los medios probatorios admitidos y declarados pertinentes con el resultado que obra en autos y que se da aquí por reproducido, tras lo cual las partes mantuvieron en sus informe sus respectivas posturas, quedando los autos pendientes de dictarse la presente resolución.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en el presente pleito por la parte actora principal, acción para la declaración de nulidad del contrato de permuta financiera de intereses. La demandada se ha opuesto alegando la no concurrencia de causa de nulidad en el contrato suscrito, planteando reconventionalmente la resolución del contrato y la reclamación de cantidad derivada de dicha resolución.

SEGUNDO.- Considerando las alegaciones vertidas por las partes en relación con la acción de nulidad contractual, el contrato suscrito en el mes de octubre de 2008 entre la entidad demandada y el demandante Sr. Gascón, conocido como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés o "swap", es un contrato atípico pero lícito conforme a los artículos 1255 Cc y 50 CCom, de carácter consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En cuanto a su objeto no es otro que el intercambio sobre un capital nominal de referencia 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, solo y más simplemente a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa el acreedor. De igual manera, el contrato de permuta de intereses, en cuanto uno de los contratantes se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, participa de un carácter aleatorio o especulativo si bien la finalidad del contrato no es en sí la especulación sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por un particular frente a la fluctuación de los mercados financieros y que su causa se sitúa en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

En el presente supuesto, el contrato suscrito por el demandante, Sr. Gascón, en octubre de 2008, éste se obligaba al pago de un tipo de interés fijo en los sucesivos periodos de cálculo con un límite referencial fijo por periodo que, si es rebasado por otro variable, determinará que el tipo aplicable al cliente sea éste.

Dicho lo anterior, el objeto de la demanda se centra en la declaración de nulidad por error fundada en la falta de información sobre el producto financiero y en la actuación dolosa por parte de la entidad demandada. De las manifestaciones de las partes en sus respectivos escritos en concordancia con las declaraciones testimoniales de Iván Cardoso y Sonia Fernández -ambos empleados de la oficina de LA CAIXA en la que se formalizó en contrato-, fue el Sr. Cardoso el que ofreció al actor, Sr. Gascón, la posibilidad de suscribir el contrato de permuta financiera, manteniendo que cumplió con su obligación

de informar completamente del producto ofrecido, posibilidad que materializó la Sra. Fernández el día 2 de octubre de 2008, si bien el Sr. Gascón no firmó el contrato hasta 17 días después y la Sra. Ferrer no lo hace hasta inicios del mes de noviembre de 2008; la Sra. Fernández también ha afirmado en su declaración haber cumplido con la obligación de informar al cliente sobre el contrato que se le ofrecía.

TERCERO.- El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad es tanto la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él a través, tanto de la información precontractual en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible; y así se desprende del artículo 48,2 LDIEC 26/1988, 29 julio, y de la Ley 24/1988, 28 julio del Mercado de Valores. Inicialmente, el artículo 79 LMV fijaba como criterio de referencia de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia, la transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando los intereses del cliente como propios. El RD 629/1993 fijó un código de conducta en base a los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia, y adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión, como frente al cliente, proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva. La Ley 47/2007 introduce la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros; reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo una exhaustiva regulación de los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales, entre otros extremos sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, ni sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos. Criterios mantenidos en el RD 217/2008, 15 de febrero.

A la entidad demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual, cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación conforme a objetivos y propósitos consensuados por uno y otro contratante, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente conocimiento de causa, conforme al artículo 79bis LMV. Es evidente que

ostentando la entidad financiera su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable y el referencial variable, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable. Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar; y así se desprende de las declaraciones de los testigos Iván Cardoso, Sonia Fernández e incluso de Jordi Gracia -que era el director de la oficina de LA CAIXA en la que se suscribió el contrato en cuestión-

La información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen en el contrato y se limitan a explicar lo que es obvio por la propia naturaleza del contrato suscrito y que los citados testigos han reiterado en el acto del juicio sosteniendo la debida información al cliente. No obstante, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta de la entidad financiera, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés. Por tanto, no puede admitirse que el cliente se limite a dar su consentimiento, fiándose de la buena fe de la entidad financiera, a unas condiciones cuyas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que dicha entidad financiera sí la posee. No puede pretenderse de la demandada una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés perfectamente exacta, sino que sea razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar confusiones y malos entendidos y, como establece el artículo 60,5 RD 217/2008, si la información va referida a datos sobre resultados futuros, se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos. En el presente supuesto, el contrato se suscribe en el mes de octubre de 2008 cuando es notorio que el sistema financiero norteamericano sufre su debacle, pero lo que no es notorio ni el ciudadano común puede saber es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todos si son de relevancia como las entidades financieras de la magnitud de LA CAIXA, siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por dicha entidad no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente. Es más, pese a que el contrato se formaliza el 2 de octubre de 2008, se firma dos semanas después y, a preguntas de este Juez a quo, la testigo Sonia Fernández afirmó que pese al retraso en la firma por el actor Sr. Gascón no se hizo ningún tipo de revisión de las condiciones del contrato ni se advirtió al cliente de la situación de los mercados financieros. Ni tan siquiera cuando la actora Sra. Ferrer tiene que firmar el contrato aproximadamente un mes después de su

formalización en presencia del director de la oficina, Sr. Gracia, se informa de la evolución de los mercados y de la previsión de evolución de los tipos de interés, máxime cuando el Sr. Gracia ha manifestado que la Sra. Ferrer no veía clara la operación. Por tanto, la entidad demandada, que ostenta una posición privilegiada en cuanto a la información financiera que sirve de base para el contrato suscrito, utilizó esa posición para ocultar u omitir la información que tenía sobre la previsión de futuro de los tipos de interés, para conseguir que el cliente suscribiera el contrato en cuestión.

CUARTO.- El incumplimiento de la obligación de informar se pone en evidencia especialmente con la firma de la demandante Sra. Ferrer, puesto que se ha mantenido en todo momento por la demandada que el contrato y la operación eran exclusivamente del Sr. Gascón y con él se realizó toda la negociación precontractual. Pese a dicha afirmación, se hace firmar el contrato a la Sra. Ferrer por decisión de la entidad demandada y así lo pone de manifiesto la testigo Sra. Fernández; ahora bien y a preguntas de este Juez a quo, dicha testigo, que era la subdirectora de la oficina y quien formalizó el contrato, no pudo explicar qué obligaciones asumía la Sra. Ferrer con su firma ni porqué tuvo que firmar. En este sentido, el citado testigo Sr. Gracia también declara que no era precisa la firma de la Sra. Ferrer ni puede precisar qué obligaciones asumía por prestar su consentimiento a la operación.

QUINTO.- Teniendo en cuenta todo lo expuesto, debe considerarse la aplicación del artículo 1266Cc, por el cual y para que el error invalide el consentimiento el mismo debe 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. En el presente pleito se dan las condiciones del error propio invalidante del contrato, según la STS 26-junio-2000, pues: recae sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y que sea excusable en el sentido que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular. La excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien padece el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. Doctrina jurisprudencial sobre el error contenida en las SSTS 14 y 18.2.94; 11.5.1998; 4.1.1982; 28.9.1996

Por otro lado, no debe olvidarse que la Ley 7/1998, en relación con las condiciones generales de los contratos, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensivas, al punto de llegar a ser decretada su nulidad si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

SEXTO.- Si valoramos en conjunto la prueba practicada y particularmente las declaraciones testificales antes indicadas, se llega a la conclusión que, tratándose los productos financieros objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y de alto riesgo por su componente aleatorio, la información de la entidad demandada acerca de la naturaleza jurídica y características de los mismos fue insuficiente o precaria, no descartando que llegara a ser equívoca. En este sentido se ha llegado a afirmar que el producto se ofreció para que el actor reconvirtiera el tipo de interés variable de su crédito hipotecario en un tipo fijo, circunstancia realmente ajena a la realidad del producto que se ofreció y contrató el actor.

De lo anteriormente expuesto y conforme a la doctrina recogida en la SAP Barcelona de 16 de diciembre de 2010, resulta que fue la entidad demandada la que conculcó la buena fe contractual tanto porque gozaba de una posición dominante en el conocimiento de las previsiones a futuro respecto de la evolución del elemento referencial al que se somete el factor aleatorio y variable de la eficacia del contrato suscrito, sin que esa posición se haya traducido en una completa información al cliente, máxime cuando existe un desplazamiento temporal entre la elaboración del contrato y la firma por los actores sin que se informara de las nuevas circunstancias de los mercados financieros y de las consecuentes modificaciones de las previsiones de futuro indicadas. Y aún en el supuesto de que se ofreciera esa completa información debe considerarse una falta de diligencia de la entidad financiera en la obtención de esa información frente a la realidad económica del momento y ante el hecho que la consumación de los consentimientos de los clientes se produjo entre 15 días y 1 mes después de la elaboración del contrato. Falta de diligencia que se agrava por el hecho que la entrada en vigor del contrato se sitúa en fecha 1 de abril de 2009, es decir, 6 meses después de su formalización y sin que se prevea ningún tipo de revisión en base a la evolución previsible de los tipos de interés en dicho periodo ni por la entidad financiera se realice acto alguno de información en dicho periodo sobre el particular citado.

Así, resulta de aplicación lo establecido en los artículos 1300 y siguientes Cc y, en consecuencia, procede declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de intereses suscrito entre las partes del presente pleito estimando así la demanda interpuesta. Estimación que comporta la restitución de las prestaciones conforme prevé el artículo 1303 Cc, por lo que no cuestionados los importes de abono y cargo señalados en la demanda la restitución de prestaciones da lugar a la condena al pago de la suma entregada por la parte actora, es decir, procede la condena de la demandada a abonar a la parte actora la suma de 2.007,54€. Por congruencia, procede igualmente la condena al pago de los intereses ex artículo 576 Lec.

SÉPTIMO.- La estimación de la demanda principal comporta per se la desestimación de la demanda reconvencional formulada por la entidad financiera LA CAIXA, puesto que la declaración de nulidad comporta la inexistencia del contrato ab initio y, por tanto, la acción resolutoria carece de fundamento al precisar la misma de un contrato sobre el que versar. De igual

manera debe desestimarse la acción de reclamación de cantidad derivada de la resolución contractual puesto que ha desaparecido la causa de pedir en dicha reclamación. Por otro lado y como ya se ha expuesto, la acción reconvenzional formulada contra la Sra. Ferrer entra en contradicción con la falta de justificación de las obligaciones que la misma asumió con la firma del contrato, llegando a afirmar los testigos ya citados que desconocían el motivo por el cual la Sra. Ferrer tenía que firmar puesto que no adquiría la condición de avalista ni garante ni obligación alguna.

OCTAVO.- Conforme a lo establecido en el artículo 394 Lec, las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada por Francisco Javier Gascón Navas y Pilar Ferrer Villalvilla, representados por el procurador de los tribunales Ricard Casas Gilberga, contra CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA -LA CAIXA-, representada por el procurador de los tribunales Vicenç Ruiz Amat, y desestimando la demanda reconvenzional formulada por dicha parte demandada contra los actores, debo:

1º.- Declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de intereses de fecha 2 de octubre de 2008 suscrito entre las partes, condenando a la parte demandada a abonar a la parte actora el importe de 2.007,54€ más los intereses de tal suma ex artículo 576 Lec;

2º.- Absolver a Francisco Javier Gascón Navas y Pilar Ferrer Villalvilla de las pretensiones contra ellos deducidas por la demandante reconvenzional;

3º.- Imponer a la entidad CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA (LA CAIXA) las costas procesales devengadas en esta instancia tanto por la demanda principal como por la demanda reconvenzional.

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que no es firme y contra ella cabe recurso de apelación a interponer ante este Juzgado, previa necesaria constitución de depósito en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, y que será resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Únase la presente al libro de sentencias civiles de este Juzgado dejando en las actuaciones certificación de la misma.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la firma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.