

Jutjat Primera Instància 55 Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111
08075 Barcelona

Procediment: procediment ordinari 37/2011

Secció 10

Òrgan judicial de procedència:

Procediment d'origen: 37/2011

Part demandant: Laura

Procuradora: JOANA M^a MIQUEL FAGEDA

Part demandada: CAIXA GALICIA

Procurador: CARLOS PONS DE GIRONELLA

SENTÈNCIA

Barcelona, 29 de juliol de 2011

Esteve Hosta i Soldevila Magistrat jutge del Jutjat de Primera Instància núm. 55 de Barcelona, he vist aquestes actuacions de judici ordinari, núm. 37/2011-1aO, tramitades a instància de la Sra. LAURA representada per la procuradora Sra. Miquel i defensada pel lletrat Sr. Sala, contra CAJA DE AHORROS DE GALICIA (actualment CAIXA DE AFORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA), representada pel procurador Sr. Marín i defensada pels lletrats Sr. Jiménez i Sr. Viladecans, en les quals consten els següents,

FETS

PRIMER.- El 20 de desembre de 2010 Laura va interposar demanda de judici ordinari contra Caixa Galicia en què va exercitar l'acció de nul·litat contractual per error en el consentiment o, subsidiàriament, per manca d'aquest, i en la qual va finalitzar sol·licitant que al seu dia es dictés sentència amb els següents pronunciaments:

1r) Que es declarés la nul·litat del contracte de cobertura sobre hipoteca de 14 de juliol de 2008 assenyalat a la demanda com document núm. 1.

2n) Que es declarés la nul·litat de les liquidacions practicades i que es practiquessin en virtut de la cobertura dels esmentats contractes, havent-se de tornar a la part actora 5.756,04 € amb els interessos corresponents a les quantitats pagades per la Sra. a conseqüència de les liquidacions i comissions practicades així com les que si s'escau es seguissin meritant amb posterioritat a la presentació de la demanda i que es fixarien en el moment d'execució de la sentència.

3r) Que es condemnés la demandada a que reintegrés a la Sra. les quantitats que es fixessin en execució de sentència, referents als interessos per descobert i comissions que es meritessin per impagaments de quotes, en el cas que es donés la seva existència.

4t) Que es condemnés la demandada al pagament de les costes, atesa la seva

mala fe acreditada pel requeriment fefaent efectuat per la part demandant.

SEGON.- La demanda es va admetre a tràmit i es va donar trasllat a la part demandada, que va presentar escrit de contestació a la demanda en el qual va sol·licitar que al seu dia es dictés sentència desestimatòria, amb imposició de les costes a la demandant.

TERCER.- L'audiència prèvia va tenir lloc el 24 de maig de 2011 amb l'assistència d'ambdues parts. Es va constatar que continuava el litigi entre elles; es va desestimar l'excepció de defecte legal en el mode de proposar l'apartat 3r de la pètitia de la demandada interposada a la contestació a la demanda per la part demandada, que va sol·licitar que la resolució es documentés per escrit; cap de les parts no va impugnar l'autenticitat dels documents de l'altra; es van fixar els fets controvertits; les parts van proposar els seus mitjans de prova, que es van admetre; i es va assenyalar la vista.

QUART.- El 26 de maig de 2011 es va dictar interlocutòria desestimatòria de l'excepció de defecte legal en el mode de proposar la demanda. La part demandada hi va interposar recurs de reposició que es va tramitar i es va desestimar a la interlocutòria de 5 de juliol de 2011.

CINQUÈ.- La vista va tenir lloc el 7 de juliol de 2011. Es van practicar l'interrogatori de part de la demandant; la testifical de Javier ; la pericial de David García Muntané; i es va interrompre l'acte a fi i efecte de tornar a citar el testimoni Blas , que no havia comparegut. L'acte es va reprendre el 13 de juliol de 2011 sense que el testimoni tampoc no comparegués. Els lletrats van formular els seus informes de conclusions i les actuacions van quedar vistes per a sentència.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Laura exercita contra Caja de Ahorros de Galicia (actualment Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra) l'acció de nul·litat per error en el consentiment i, subsidiàriament, per manca d'aquest, del contracte de cobertura sobre hipoteca que ambdues parts van celebrar el 14 de juliol de 2008 (document núm. 1 de la demanda i núm. 2 de la contestació).

SEGON.- Es tracta d'un contracte de permuta financera d'interessos, traducció de l'expressió en llengua anglesa *interest rate swap (IRS)*, també dit, senzillament, contracte *swap* (en endavant em referiré al contracte emprant indistintament qualsevol d'aquestes expressions). L'IRS és un contracte financer subscrit entre dues parts, usualment un banc i un dels seus clients, que pot ser una empresa però també un particular (dit *minorista*), mitjançant el qual les parts contractants acorden intercanviar sobre un capital nominal de referència els imports resultants d'aplicar un coeficient diferent, o tipus d'interès, per a cadascun d'ells sobre l'esmentat nominal en un termini determinat.

En altres paraules, el perit de la part demandant Sr. García Muntané el defineix com un acord per el qual les parts es comprometen a intercanviar, en unes dates prefixades, fluxos periòdics consistents en aplicar un tipus d'interès a un

nominal. Generalment, el tipus d'interès aplicat als pagaments d'una part és fix, mentre que el de l'altra acostuma a ser variable (més potser un diferencial). Això és, el comprador de l'IRS (el client) paga fix i rep del venedor (el banc) variable, la qual cosa té com conseqüència que el primer assumeix el risc de la baixada dels tipus d'interès, i el segon, el risc de la pujada dels tipus.

El contracte *Swap* és un negoci importat del dret anglosaxó, les característiques del quals en l'ordenament jurídic espanyol són les següents: és un contracte atípic i autònom; únic i principal; consensual; bilateral; sinalagmàtic; d'execució continuada; en el que els contractants s'intercanvien obligacions econòmiques; que té caràcter aleatori; i que per a part de la doctrina i la jurisprudència també té tints especulatius. Tanmateix, en la modalitat IRS de permuta financera d'interessos sol ser un contracte accessori d'un altre de crèdit o préstec del banc amb el client.

En tot cas, com a conseqüència de la subscripció del contracte, les parts queden obligades a intercanviar els pagaments que resultin per aplicació dels tipus recíprocament pactats al nominal de referència, durant els períodes que acordin, fins al venciment del contracte, que normalment finalitzarà bé per compliment de la data de venciment pactada, bé per cancel·lació voluntària de qualsevol de les parts.

TERCER.- Entre els requisits essencials de qualsevol contracte (art. 1261 CC), es troba el consentiment dels contractants, que es manifesta per el concurs de l'oferta i l'acceptació sobre la cosa i la causa que han de constituir el contracte (art. 1262 CC), de manera que el contracte serà nul quan aquest consentiment no existeixi, o serà anul·lable quan s'hagi prestat amb algun dels vicis següents: error, violència, intimidació o dol (art. 1300 i 1265 CC).

Perquè el vici de l'error invalidi el consentiment, cal que recaigui sobre la substància de la cosa objecte del contracte o sobre les condicions essencials d'aquesta (art. 1266 CC). A més, la jurisprudència exigeix la concurrència d'un requisit afegit que el Codi civil no esmenta expressament però que es dedueix dels principis d'autorresponsabilitat i bona fe contractual (aquest consagrat a l'art. 7 CC), consistent en que l'error ha de ser excusable. L'error serà inexcusable quan hauria pogut ser evitat emprant una diligència mitjana o regular, la qual en seu judicial s'haurà d'apreciar o no valorant les circumstàncies de tota índole que concorrin en el cas, incloses les personals, no només del contractant que hagi patit l'error, sinó també de l'altre, quan l'error pugui ser degut a la confiança provocada per les afirmacions o la conducta d'aquest; atès que la funció bàsica del requisit de l'excusabilitat de l'error és impedir que l'ordenament jurídic protegeixi a qui hagi patit el vici quan no sigui mereixedor d'aquesta protecció per la seva conducta negligent, en el qual cas cal traslladar la protecció a l'altra part contractant, que aleshores esdevé mereixedora de la protecció legal per la confiança que ha dipositat en la declaració d'aquella. En tot cas, afegeix la jurisprudència que l'apreciació de l'error cal efectuar-la amb criteri restrictiu, en aplicació del principi de conservació dels contractes.

La formació de la voluntat negocial i la prestació d'un consentiment lliure, vàlid i eficaç exigeix necessàriament haver adquirit ple coneixement del que significa el

contracte que es subscriu, així com dels drets i obligacions que s'hi adquireixen, la qual cosa atorga una importància rellevant a la negociació prèvia i a la fase precontractual, en la qual cadascun dels contractants ha de poder obtenir tota la informació necessària per poder valorar de manera adient quin és el seu interès en el contracte projectat i actuar en conseqüència, de manera que, si arriba a prestar el seu consentiment i el contracte es perfecciona, ho faci convençut de que els termes en què aquest es concreta responen a la seva voluntat negocial, així com sigui plenament coneixedor d'allò al que s'obliga i del que rebrà a canvi.

Si això és així en la celebració de qualsevol tipus de contracte, encara amb més motiu ho ha de ser més en l'àmbit de la contractació bancària entre els bancs (o les caixes d'estalvis, *tanto monta, monta tanto*) i els seus clients, en què hi ha un palès desequilibri entre ambdues parts contractants, com ho acredita el fet que en els últims anys el sector de la contractació bancària ha vingut mereixent una especial atenció per part del legislador, que ha establert codis i normes de conducta i actuació per protegir la part més dèbil, el client, amb la finalitat de dotar de claredat i transparència les operacions que s'hi realitzin, en el qual concorren no només comerciants i empresaris, sinó ciutadans de tota mena, que subscriuen contractes amb bancs i entitats financeres, des dels més senzills als més complexos, en un món que està presidit pels contractes d'adhesió i les condicions generals de contractació, així com per un llenguatge o gerga sovint incompreensible per al ciutadà de peu. L'especial complexitat del sector financer l'imprimeix de peculiaritats pròpies i diferents respecte d'altres sectors que comporten la necessitat de procurar al client una adequada protecció, tant en la fase precontractual (mitjançant mecanismes de garantia de transparència del mercat i d'adequada informació, ja que només un client ben informat pot escollir el producte o servei bancari que més convingui a les seves necessitats i efectuar una correcta contractació), com en la fase contractual (mitjançant la normativa legal sobre clàusules abusives i condicions generals, tuitiva del client, a fi que la relació bancària guardi un equilibri de prestacions adient), com, per últim, en la fase postcontractual (mitjançant l'establiment de mecanismes de reclamació).

Com diu la Sentència de l'AP d'Astúries de 27 de gener de 2010, "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 tanto en lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa de la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible."

QUART.- Baldament la demanda no ho diu explícitament (almenys jo no ho sabut veure al llarg de les seves 42 pàgines), entenc que del relat dels fets de l'escrit és desprèn que la part invoca implícitament que la Sra. Núñez va prestar el seu consentiment amb la creença errònia de que el contracte de cobertura sobre hipoteca constituïa una mena d'assegurança que la protegia contra les pujades del tipus d'interès del contracte de préstec hipotecari (l'euribor), sense ser conscient que en cas que l'euribor baixés per sota dels tipus fixats en el contracte del 4,80€ el primer any i del 5,45% els altres 4 anys (dels 5 anys de vigència de l'IRS), es produïrien liquidacions negatives en contra seva, com així succeí a partir del segon any (primer error); així com que en qualsevol moment

podia cancel·lar anticipadament el producte sense cap penalització (segon error), la qual cosa, tampoc no era així.

Atès que les úniques dues accions exercitades per la part demandant són la d'anul·labilitat del contracte pel vici del consentiment per error i, subsidiàriament, la de nul·litat del mateix contracte per inexistència de consentiment, en aquesta resolució ens cenyirem a l'examen de la primera i, si s'escau, de la segona, sense entrar en possibles infraccions comeses per l'entitat d'estalvis demandada de la LCGC, del TR de la LGDCU, de la LGP o de la normativa específica bancària i del mercat de valors, com tampoc no entrarem en consideracions sobre la possible bona o mala fe contractual de la demandada, ja que la part demandant no exercita cap acció per infracció d'alguna d'aquestes lleis o de la bona fe.

CINQUÈ.- Amb el resultat de la prova practicada entenc que ha quedat provat que la Sra. _____ va patir l'error sobre els dos extrems del contracte swap que hem indicat en el fonament de dret anterior; que es tractava de dos extrems essencials del contracte; i que l'error fou excusable.

La informació precontractual que la demandada transmetia a potencials clients del producte Swap com la Sra. _____ (com entenc que, en general, efectuaven totes les altres entitats bancàries i d'estalvis que per la mateixa època de l'any 2008 comercialitzaven el producte) era que aquest actuava com una mena d'assegurança que protegia al client contra les pujades del tipus d'interès, però sense afegir, o obviant, que en el cas que aquest baixés es generarien unes liquidacions negatives que la Sra. _____ hauria de pagar a l'entitat d'estalvis; i, en segon lloc, també li ocultava que si en el futur volia cancel·lar anticipadament el producte hauria de pagar una important quantitat a l'entitat (18,795 € quan el mes d'octubre de 2009 la Sra. _____ ho va voler fer).

Al respecte, malgrat que la demanda no "diu" que la Sra. _____ va contractar el producte influenciada per la publicitat directa de la demandant (e indirecta, val a dir, com els articles de premsa sovint teledirigits), el text d'aquest documents (annexats a la demanda) és força significatiu que Caixa de Galicia venia el producte com una mena d'assegurança contra les pujades de l'euribor, obviant la torna de que en cas de baixada al client li tocava pagar, i alhora omitint que una eventual cancel·lació anticipada tindria un preu elevat.

La part demandada tampoc no ha provat que el director de l'oficina de l'entitat d'estalvis (el Sr. B _____), ni tampoc l'empleat d'aquesta (el Sr. A _____), informessin a la Sra. _____ : d'aquests dos handicaps o inconvenients de l'IRS. És també molt significatiu que en el judici, a la pregunta de si la Sra. _____ sabia el que estava signant i que es podien produir liquidacions negatives, el director Sr. B _____ hagi contestat que "suposava" que sí.

Com que, d'acord amb l'art. 217 de la LEC, la càrrega de la prova d'haver facilitat a la demandant la informació suficient dels inconvenients del producte pesava sobre la part demandada, aquesta manca de prova només pot perjudicar Caixa de Galicia. De fet, la part demandada ni tan sols ha acreditat que abans de la signatura del contracte, ni tampoc immediatament després d'ella, en facilités a la

Sra. un exemplar, ja que l'annexat a la demanda és la còpia d'un fax enviat per l'entitat d'estalvis a la demandant. En aquest sentit, la circumstància que al peu de les tres cares de full de l'exemplar del contracte de cobertura annexat a la contestació a la demanda aparegui impresa la data d'11 de juliol de 2008 anterior en tres dies a la de la signatura del contracte (que ambdues parts estan d'acord que fou el 14 de juliol), no implica, al contrari del que sosté la contestació a la demanda, ni tampoc permet presumir, que el Caixa de Galicia lliurés el contracte a la Sra. en aquella primera data.

Cert que sí un fa l'esforç de llegir-se el contracte litigiós, resulta que aquest contempla no només les pujades d'interès, sinó també les baixades, i que així mateix estableix que l'eventual cancel·lació anticipada no li sortirà de franc al client, però malgrat això entenc que l'error de la Sra. és excusable ja que l'experiència professional i també personal ens ensenya que els clients habituals d'una oficina d'una entitat bancària o d'estalvis sense experiència en productes financers, dits "minoristes" (com és el cas), quan contracten amb l'entitat acostumen a fer confiança en tot el que els diu el seu gestor o el director de la sucursal, com si fos una mena de metge de capçalera, sense tenir en compte que, tanmateix, l'empleat de l'entitat sempre anteposa l'interès d'aquesta al del client. A més, com també és habitual, el contracte litigiós està redactat amb una lletra petita i unes clàusules comprimides, amb una gerga bancària gairebé incomprendible per a tots aquells que no siguin legs en la matèria (això és, la immensa majoria dels clients, com la Sra.), com convidant-los a que no se'li llegeixin abans de signar-lo, que és el que acostuma a passar, i, sens dubte, va succeir en el cas litigiós.

Hem indicat abans que com que la part actora només exercita les accions per vici o manca del consentiment, no entrariem a examinar la possible nul·litat del contracte litigiós per altres possibles defectes aliens al vici del consentiment del Codi civil. Tanmateix, respecte de la clàusula 7a de les condicions generals, amb el títol "Cálculo del Valor de Cancelación", no em puc estar de preguntar, encara que sigui retòricament, que quan diu que en el cas de resolució anticipada s'efectuarà una liquidació extraordinària "sobre la base del Nominal de la Cobertura cancelado, en función del plazo del pendiente del presente contrato y **las condiciones de mercado de cada momento...**" (la negreta és meva), ¿de quines condicions de mercat s'està parlant?

SISE.- En definitiva, doncs, amb base a les consideracions anteriors, d'acord amb l'art. 1300 del CC cal estimar l'acció d'anul·labilitat del contracte pel vici en el consentiment que va prestar la Sra. Núñez, consistent en un error excusable sobre algunes de les característiques essencials del contracte, error val a dir provocat per l'actuació de Caixa de Galicia, la qual cosa implica que així mateix cal estimar totes i cadascuna de les pretensions de la pètitia de la demanda, inclosa la 3a, d'acord amb l'art. 1303 del CC, ja que constitueixen la conseqüència jurídica de la declarada nul·litat.

D'altra banda, havent estimat l'existència del vici del consentiment, no cal entrar en l'examen de l'acció de nul·litat per manca d'aquest interposada per la part demandant en forma subsidiària.

SETÈ.- Atesa l'estimació de la demanda, d'acord amb l'art. 394 de la LEC cal imposar el pagament de les costes a la demandada.

DECISIÓ

Estimant la demanda interposada per la Sra. LAURA contra CAJA DE AHORROS DE GALICIA (actualment CAIXA DE AFORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA): 1r/ declaro la nul·litat del contracte de cobertura sobre hipoteca subscrit per les parts el 14 de juliol de 2008 (document núm. 1 de la demanda i 2 de la contestació); 2n/ declaro la nul·litat de les liquidacions practicades per la demandada en execució de l'esmentat contracte, i de les que pugui practicar, i la condemno a tornar a la demandant 5.756,04 euros, amb els interessos legals corresponents des de la data de la demanda; 3r/ condemno la demandada a tornar a la demandant totes aquelles quantitats en concepte de liquidacions negatives, comissions i interessos per descobert, que hagi pogut percebre en execució del contracte amb posterioritat a la demanda, amb els interessos legals que s'hagin produït des de la data de cada pagament; i 4t/ imposito a la demandada el pagament de les costes del plet.

Contra aquesta resolució es pot interposar recurs d'apel·lació, que s'ha de preparar en el termini de CINC DIES des de la seva notificació, prèvia consignació de 50 euros en el compte del Jutjat.

Així ho mano i ho signo.

DILIGÈNCIA DE PUBLICACIÓ.- El magistrat jutge ha llegit i ha publicat . En dono fe.