

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO SEIS
MATARÓ

Procedimiento: Juicio Ordinario 1467/2010-2

SENTENCIA Nº 161

En Mataró, a 6 de septiembre de 2011

MAGISTRADO-JUEZ: Jordi Sans Sánchez, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número seis de Mataró.

PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario 1467/2010-2

OBJETO: Acción de nulidad contractual

PARTE DEMANDANTE: Bernardo

ABOGADO/A: Sra. Pérez

PROCURADOR/A: Sra. Vilanova

PARTE DEMANDADA: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra

ABOGADO/A: Sr. Cárdenas

PROCURADOR/A: Sra. Zaldúa

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 9-9-2010, la Procuradora Sra. Vilanova, actuando en la representación citada, interpuso demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideraba de aplicación, solicitaba que se dictase sentencia que declarase la nulidad de los contratos SWAP de fecha 9-6-2008 y la condena al pago de la cantidad de 7.476,96 euros, más las satisfechas por el actor hasta la fecha de la sentencia, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, con condena en costas.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada, que en fecha 9-12-2010 presentó escrito de contestación, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideraba aplicables, solicitaba la desestimación de la demanda con condena en costas.

Tercero.- El día 4-5-11 se celebró la audiencia previa, con asistencia de las partes y con el resultado obrante en las actuaciones.

Cuarto.- El acto de juicio se celebró el día 20-7-11, en el que se practicaron las pruebas propuestas y admitidas en el acto de la audiencia previa, las partes evacuaron el trámite de conclusiones, y quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La parte actora solicita la nulidad de dos contratos celebrados con la parte demandada en fecha 9-6-2008 y la consiguiente condena a la devolución de las cantidades abonadas como consecuencia de esos contratos, con fundamento en la existencia de error en el consentimiento contractual por el actor, a lo que se opone la parte demandada, que sostiene la validez de los contratos suscritos entre las partes.

Segundo.- Los dos contratos celebrados presentan características idénticas, por lo que merecen la misma tipificación contractual. Se trata en ambos casos de contratos de permuta financiera, también conocidos como "swap". En la reciente jurisprudencia que respecto de estos contratos se ha producido, podemos hallar diversas definiciones y caracterizaciones de los mismos. Así, por ejemplo, la SAP Cáceres secc. 1 de 18 de junio de 2010 establece:

"Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. Como señala la doctrina, 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 (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) 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. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocial, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente

liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor.

Debe señalarse, que el contrato de permuta de intereses, 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 artículo 1.799 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 que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes. La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian."

Tercero.-La parte demandante alega como motivo de nulidad el error en el consentimiento del actor en el momento celebración del contrato.

Al amparo de la regulación del Código Civil, el error se configura como un vicio del consentimiento, aunque para que tal error para tener efecto invalidante del consentimiento contractual prestado, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es necesario que "se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (vid p.e Ss. T.S de 6 de Febrero y 18 de Abril de 1.978, 6 de Febrero de 1.999, 12 de Julio de 2002, 24 de Enero de 2003, 17 de Febrero de 2005 y 17 de Julio de 2006); y también es preciso que no sea imputable a quien lo padece (vid Ss. T.S de 22 de Mayo de 2006 y 12 de diciembre de 2005), y que, además, sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, no mereciendo la protección legal quien prestó su consentimiento de forma negligente, pudiendo haber rechazado el contrato"(SAP Ávila secc. 1 de 9 septiembre 2010).

Ampliando el concepto de error excusable, debe recordarse que a la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

Reconociendo la existencia de jurisprudencia diversa en las Audiencias Provinciales sobre el alcance del deber de información de las entidades bancarias respecto de sus clientes para la correcta formación del consentimiento de éstos en la celebración de contratos "swap", como los aquí controvertidos, la Audiencia Provincial de Barcelona ha señalado lo siguiente, en sus recientes sentencias de 16-11-2010 (secc. 11) y 9-5-2011 (secc. 19):

"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 es 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 a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

El art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) 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" (art.5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente 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, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las

empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Actualmente, como se ha dicho, el deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios se regula por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su arts. 78 y s.s., y por los arts. 60 y s.s. del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. Todas estas normas son el resultado de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) - Directiva 2004/39 de 21 de abril de 2004, Directiva 2006/73 de 10 de agosto de 2006 y Reglamento 1287/2006 de 10 de agosto de 2006, y este último, por el que se aplica la Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, es aplicable directamente, aunque la legislación europea no hubiera sido traspuesta al ordenamiento jurídico español en el momento de suscribirse el contrato cuya nulidad se predica.

A pesar de lo anterior, a la entidad bancaria 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 (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, 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", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V".

Las SSAP Barcelona que se acaban de citar afirman también que: "Como señala la S. de la A.P. de Oviedo (Sección 5ª) de 23 de julio de 2010 : "la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial." Sigue señalando esa misma resolución que: "por el contrario, 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. Sólo así el

cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface a o no su interés. Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee. Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b)."

Por lo tanto, a la entidad bancaria demandada no le era exigible tan sólo el deber de informar a su cliente del hecho, obvio y aparentemente sencillo, de que el resultado del contrato "swap" podía resultar positivo o negativo para aquél (según la evolución del tipo de interés variable de referencia) sino que además, según se recoge en las resoluciones antes citadas, debía la entidad bancaria de haber informado "la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial", pues es indudable que, en alguna medida, la entidad bancaria disponía de alguna previsión de este tipo. Sólo proporcionando esta información al cliente se asegura que el mismo pueda formar su consentimiento con los datos relevantes para valorar su interés en el contrato proyectado, finalidad ésta perseguida por la normativa anteriormente citada, reguladora del derecho de información del cliente en el sistema bancario.

Cuarto.- En el presente caso, como documentos 1 y 2 de la demanda se aportan los dos contratos "swap" suscritos en fecha 9-6-2008 y cuya nulidad pretende la parte demandante. La cláusula primera de los dos contratos, de idéntico contenido, contiene en una redacción bastante clara la descripción del funcionamiento del "swap" al señalar que "si el importe de la cuota a tipo fijo resultara superior a la calculada a tipo variable, Caja Navarra 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, Caja Navarra abonará al titular el importe resultante de la diferencia entre estas." Con la propia demanda se aporta como doc. 3 una hoja con ejemplos de resultados del "swap" en el que, al final de la primera hoja, se recogen las expresiones "el cliente recibe la diferencia por el importe" y "el cliente paga la diferencia por el importe." Por lo tanto, no puede afirmarse razonablemente, tal y como hace el actor al responder a las preguntas al interrogatorio, que el mismo desconociera la posibilidad de tener que llegar a pagar a Caja Navarra cantidades como consecuencia de las variaciones a la baja del Euribor. Esta posibilidad se reflejaba tanto en los dos contratos como en la hoja de ejemplos, con una redacción bastante sencilla, con independencia de otra información que los empleados de Caja Navarra pudieran haber ofrecido verbalmente al demandante, sobre cuya extensión las diversas declaraciones practicadas en el acto de juicio (la del actor, la del director de la

oficina donde se suscribieron los contratos Sr. Calavía y la de la empleada que lo atendió Sra. Mora) han ofrecido resultado contradictorios.

Sin embargo, como se recoge en el fundamento anterior de esta resolución, la obligación de información de la entidad bancaria respecto de su cliente, tanto en la fase prenegocial como en el momento mismo de celebración del contrato, debía ir más allá del hecho obvio de la posibilidad de pago a cargo del cliente como consecuencia de las variaciones del tipo variable de referencia. No ha quedado en modo alguno acreditado que Caja de Navarra ofreciera ningún tipo de información al Sr. S. sobre las previsiones de evolución del Euribor (tipo variable de referencia en los "swap") al momento de la celebración de los contratos controvertidos. Sin esta información no le resultaba posible al cliente contar con los datos necesarios para valorar debidamente las consecuencias del contrato que iba a concertar. Recogiendo la antes citada SAP Barcelona de 9-5-2011: "Es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en el segundo semestre del año 2.006 el euribor sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente si aquéllos se ponen en relación con los del desarrollo de la relación desde la primera contratación el año 2.004, pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco 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. En esta misma línea razona la S. de la A.P. de Pontevedra de 7 de abril de 2010: "Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- 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 a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión."

En estos autos no consta documentadamente ni que se cumpliera con las exigencias de los arts. 79 bis 5 y 7 LMV ni que se informara tampoco al cliente de las previsiones de evolución a la baja del tipo referencial variable, cuando resulta hecho notorio que la bajada imparable del mismo se inició en el segundo semestre del 2008, esto es, pocas semanas después de la firma de los contratos

controvertidos. Por ello ha de declararse que el demandante carecía de los elementos de información necesarios para la correcta formación de su voluntad contractual, apreciándose así un supuesto de error excusable que ha de determinar la declaración de nulidad absoluta por falta de consentimiento de uno de los contratantes de los dos contratos de "swap" suscritos con Caja de Navarra en fecha 9-6-2008 y la consiguiente obligación de la demandada de restituir las cantidades cargadas al demandante como consecuencia de las liquidaciones derivadas de la ejecución de esos contratos hasta la actualidad, lo que supone la estimación íntegra de la demanda formulada.

Quinto.- El art. 1101 del Código Civil establece que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios y causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas". El concepto de mora lo fija el art. 1100 CC, párrafo 1º, al señalar que "incurren mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación". Por su parte, el art. 1108 CC dispone que "si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal".

La parte demandada deberá abonar los intereses legales devengados por las cantidades objeto de condena desde la fecha de interposición de la demanda (9-9-2010) como primer acto de reclamación fehacientemente acreditado.

En cuanto a los intereses por la mora procesal, el art. 576.1 LEC dispone que "desde que fuera dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley."

Sexto.- En materia de costas procesales, de acuerdo con el art. 394 LEC, dada la estimación íntegra de la demanda, ha de ser la parte demandada condenada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia.

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

FALLO

Estimo íntegramente la demanda formulada por Bernardo

Santamarta contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, **declarando** la nulidad absoluta de los dos contratos "SWAP" celebrados entre las partes en fecha 9 de junio de 2008 y **condenando** a la parte demandada al pago de la cantidad de SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS CON NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS (7.476,96 euros) más las cantidades que, como consecuencia de estos contratos, hubiese abonado el demandante desde la interposición de la demanda hasta la fecha de esta sentencia, así como al pago de los intereses al tipo legal devengados por las cantidades objeto de condena desde la interposición de la demanda.

Todo ello con condena a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá prepararse ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se notifique esta resolución, previa la consignación del depósito legalmente preceptivo.

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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia que la firma, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.