

Juzgado Mercantil 4 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes, 111
Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 934/2010 Sección MI

Parte demandante _____ y
Procurador JOANA M^a MIQUEL FAGEDA
Parte demandada CAIXA GALICIA
Procurador CARLOS PONS DE GIRONELLA

AUTO

MAGISTRADO JUEZ QUE LO DICTA: D. LUIS RODRIGUEZ VEGA
Lugar: Barcelona
Fecha: 13 de mayo de 2011

HECHOS

1. Son hechos no controvertidos entre las partes y relevantes para resolver el presente litigio los siguientes:

a) Los demandantes _____ y _____ celebraron el día 8 de mayo de 2007 Caixa Galicia, hoy Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense y Pontevedra (en adelante Novacaixagalicia) un contrato de préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda, en virtud del cual Novacaixagalicia concedía a los demandantes un préstamo de 280.000 euros, que los prestatarios debían devolver, con los intereses variables acordados y en el plazo pactado.

b) Con la finalidad de cubrir al cliente ante las posibles variaciones de los tipos de interés del préstamo hipotecario previamente concertado Novacaixagalicia ofreció a los señores _____ y _____ una permuta financiera de intereses.

c) La demandante _____ firmó el día 30 de junio de 2008 dicha permuta financiera de intereses, en virtud de la cual la Sra. Ferran y la entidad financiera Novacaixagalicia, desde el día 1 de junio de 2008 hasta el 1 de junio de 2013, se comprometen reciprocamente a pagar a la otra parte la diferencia entre las cantidades que resulten de aplicar los tipos de interés fijos [de 4'35% (del 1 de junio de 2008 al 1 de junio de 2009) y 5'45% (del 1 de junio de 2009 a 1 de junio de 2013)] al nominal de 258.695'33 y la que resulte de aplicar el Euribor hipotecario mensual a ese mismo nominal.

d) Como consecuencia de ese contrato si el tipo de interés Euribor hipotecario mensual se mantiene por debajo del tipo fijo pactado es el cliente quien tiene que pagar al Banco la diferencia, y si por el contrario el

Euribor sube por encima del tipo fijo pactado es el Banco quien tiene que pagar al cliente esa diferencia.

e) Para limitar el riesgo del cliente ante bajadas del Euribor, se estableció un tipo de referencia mínimo (3'25%), de tal manera que aunque el Euribor bajara de esa cantidad, la diferencia a pagar por el cliente se calcularía sobre ese mínimo de referencia.

f) La entidad financiera demandada no efectuó a los clientes ni el test de idoneidad ni el de conveniencia.

2. En este juicio la actora pretende que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de intereses que suscribió con la entidad financiera, mientras que ésta pretende que se desestime la demanda al considerar que el contrato celebrado perfectamente válido. Lo que sustancialmente se discute es si la entidad financiera demandada ha cumplido correctamente con las normas de protección de su cliente, al ofrecerle una permuta financiera de intereses y, en el caso de incumplimiento de dichas obligaciones cuales son sus consecuencias sobre la validez de la operación concertada.

3. Por ello, lo primero que hay que plantearse son cuales son las obligaciones a las que estaba sujeta la entidad financiera al ofrecer aquel tipo de productos financieros y, una vez determinadas dichas obligaciones, examinar si la demandada las ha cumplido correctamente, para finalmente valorar las consecuencias de un hipotético incumplimiento sobre la validez del contrato suscrito.

4. El procedimiento se encuentra pendiente únicamente de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La entidad de crédito justifica el ofrecimiento de este tipo de productos a sus clientes, en tanto que deudores hipotecarios, por la obligación legal que le impone el art. 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, en el que se dice lo siguiente:

<<1.Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés>>

2. Hay que destacar que es indiscutible que la Sra. ha de ser considerada

como un cliente minorista, a los efectos de lo previsto en el art. 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), que traspone a derecho nacional las condiciones previstas en el anexo segundo de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva Mifid).

3. La primera cuestión que se suscita es en relación a la calificación de los servicios que la entidad de financiera ha prestado al cliente al ofrecer el instrumento financiero suscrito, y, en concreto, si se trata de un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal y como, viene descrito en el art.63.1.g) LMV, que responde al art. 4.1.1) de la Directiva Mifid, en la cual se define de la siguiente forma:

<<Asesoramiento en materia de inversión: la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros>>.

4. Si se trata de un servicio de asesoramiento de inversión entonces el régimen de la información que la entidad de crédito ha de proporcionar a su cliente es el previsto el art. 79 bis LMV, que a su vez traspone el art. 19 Directiva Mifid, y, en concreto, está obligada a realizar lo que se ha venido a llamar el test idoneidad, regulado con mayor detalle en el art. 72 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.

Concretamente el art. 19. 4 de la Directiva Mifid dice lo siguiente:

<<Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan>>.

5. Siguiendo con la hipótesis que estemos ante una labor de asesoramiento, es un hecho incontrovertido que la demandada no ha realizado el mencionado test de idoneidad, con lo que se plantea cual debería de ser el efecto jurídico de dicha omisión, si la nulidad radical del contrato por haber sido celebrado en contra de lo establecido en la Ley, y en concreto el art. 79 bis LMV, o si su falta supone un vicio del consentimiento del cliente sujeto al régimen general de anulabilidad de los contratos, que prevé su posible convalidación. El art. 79bis.6 LMV establece que "Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente", por lo que parece desprenderse que el contrato sería radicalmente nulo, pero lo cierto es que la Directiva no establece claramente la sanciona el incumplimiento de este tipo de obligaciones.

6. En el caso que no se pudiera considerar el ofrecimiento de este producto como un servicio de asesoramiento de inversión, la segunda hipótesis es que considerar que la entidad se ha limitado a ejecutar una orden de compra de su cliente, pero dado que el producto adquirido es un producto financiero complejo,

la entidad vendría igualmente obligada a realizar el conocido como el test de idoneidad, en los términos en los que se describe en el art. 79bis.7 LM (art. 73 Real Decreto 217/2008), que a su vez traspone el art. 19.5 Directiva Mifid, en el que se establece que:

<<19.5. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente.

En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

En caso de que el cliente o posible cliente decida no facilitar la información solicitada a la que se refiere el párrafo primero o no facilite información suficiente en relación con sus conocimientos y experiencia, la empresa de inversión advertirá al cliente o posible cliente de que dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado>>

7. Dado que es igualmente no controvertido que la entidad no realizó el mencionado test de idoneidad, en este punto la cuestión estriba en determinar cuales son los efectos de dicha omisión, si la nulidad radical del contrato o su anulabilidad.

8. Por ultimo, la tercera hipótesis consiste en que la entidad no venía obligada a realizar los mencionados tests, por aplicación de la excepción prevista en el art. 19.9 de la Directiva Mifid (equivalente al 79 quarter de la LMV), ya que el instrumento financiero ofrecido está vinculado al préstamo hipotecario sometido a normas diferentes relativas la valoración de riesgos de los clientes y de deber de información. El mencionado art. 19.9 dice los siguiente:

<<En caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo>>.

9. Por todo ello, al resultar de aplicación derecho comunitario, al amparo de lo establecido en el actual art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea puede proceder plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones:

Primera.- Si ofrecer a un cliente, con el que previamente se ha suscrito un contrato de préstamo hipotecario, un swap de intereses para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés ¿ha de considerarse como un servicio de

asesoramiento de inversión conforme la definición del art. 4.1.1) de la Directiva Mifid?

Segunda.- Si la omisión del test de idoneidad previsto en el art. 19.4 de la mencionada Directiva para un inversor minorista, ¿debe determinar la nulidad radical del contrato suscrito entre el inversor y la entidad de inversión?

Tercera.- En caso que el servicio prestado en los términos descritos no se considere de asesoramiento de inversión, si el mero hecho de proceder a la adquisición de un instrumento financiero complejo como es un swap de intereses sin realizar el test de conveniencia previsto en el art. 19.5 Directiva Mifid, por causa imputable a la entidad de inversión, ¿determina la nulidad radical del contrato?

Cuarta.- El hecho que una entidad de crédito ofrezca un instrumento financiero complejo vinculado a un préstamo hipotecario, ¿es causa suficiente para excluir la aplicación de las obligaciones de formular los test de idoneidad y conveniencia que prevé el art. 19 de la Directiva Mifid y que la entidad de inversión debe de hacer a un inversor minorista?

Quinta.- Para poder excluir la aplicación de las obligaciones establecidas el art. 19.9 de la Directiva Mifid, ¿es preciso que el producto financiero al que esté vinculado el instrumento financiero ofrecido esté sometido a estándares de protección del inversor similares a los exigidos en la citada Directiva?

Parte dispositiva.- Acordar la suspensión del procedimiento y conceder a las partes el plazo de diez días para que puedan formular alegaciones sobre la oportunidad de plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en los términos propuesto en la presente resolución.

Firmado, Luis Rodríguez Vega, magistrado-juez, y Antonio Cidraque Arias, secretario judicial.

RECURSO. Contra esta resolución cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días ante este Juzgado.

Para interponer el recurso será necesario la **constitución de un depósito de 25 euros**, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto con el número 2239 0000 05 170/2010, consignación que deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Lo acuerda y firma el Magistrado Juez Luis Rodriguez Vega del Juzgado Mercantil 4

Barcelona. Doy fe.

EL MAGISTRADO JUEZ

EL SECRETARIO JUDICIAL

Cabecera	
Remitente:	[0801947004] JUTJAT DE MERCANTIL N. 4 Barcelona
Asunto:	Procediment ordinari
Fecha LexNET:	mar 17/05/2011 13:53:06
Fecha Reparto:	-
Fecha Aceptacion:	mar 17/05/2011 15:48:53
Datos particulares	
Remitente:	[0801947004] JUTJAT DE MERCANTIL N. 4 Barcelona
Destinatario:	[359] MIQUEL FAGEDA, JOANA MARIA
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	20100000934
Tipo procedimiento:	[ORD]
Numero de procedimiento origen:	-
Codigo del Tipo de Procedimiento Original:	-
Numero de secuencia de la pieza:	-
Detalle del Acontecimiento:	-
NIG:	-
Descripción:	Procediment ordinari
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201100026618715
Mensajes. Identificador. EscritoOrigen:	-
Archivos adjuntos	
Principal:	13793_20110517_1155_0004945126_01.rtf
Anexos:	-
Archivos adjuntos escrito origen	
Principal:	-
Anexos:	-
Lista de Firmantes	
Firmas digitales:	[0801947004] JUTJAT DE MERCANTIL N. 4