

Jutjat Primera Instància 55 Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111
08075 Barcelona

Tel.: 935549455
Fax: 93-554 95 55

Núm. compte bancari: 0977-0000

NIG: 08019 - 42 - 1 - 2010 - 8157287

Procediment: procediment ordinari **871/2010**

Secció 10

Òrgan judicial de procedència:

Procediment d'origen: 871/2010

Part demandant:

Procurador/a: JOANA M^a MIQUEL FÀGEDA

Part demandada: CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA -"LA CAIXA"

Procurador/a: RAMON FEIXÓ FERNÁNDEZ-VEGA

SENTÈNCIA

Barcelona, 22 de març de 2011

ESTEVE HOSTA I SOLDEVILA, magistrat jutge del Jutjat de Primera Instància núm. 55 de Barcelona, he vist les presents actuacions de judici ordinari, núm. 871/2010-1a0, tramitades a instància del Sr.

representat per la procuradora Sra. Miquel i defensat pel lletrat Sr. Sala-Planell, contra CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (que gira comercialment com LA CAIXA), representada pel procurador Sr. Feixó i defensada pel lletrat Sr. Torres, en què consten els següents,

FETS

PRIMER.- El 26 de maig de 2010 va interposar contra Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (la Caixa) demanda de judici ordinari en l'exercici de l'acció de nul·litat contractual per manca de consentiment o, subsidiàriament, per manca d'objecte, en què va finalitzar sol·licitant que al seu dia es dictés sentència amb els següents pronunciaments:

1º) *La nulidad de condiciones particulares del contrato de fecha 2 de septiembre de 2008, así como de la Addenda, de la Avaluació de la conveniència, del Anexo, Anexo 2, y Hoja de ruta de constitución, y todos los documentos parte del contrato de permuta financiera de intereses de fecha 2 de septiembre de 2008 suscritos con mi mandante.*

2º) *Nulidad de las liquidaciones practicadas y que se practiquen en virtud de la cobertura de dicho contrato, debiendo devolverse al actor la cantidad de 3.627,68 € con sus intereses, correspondientes a las cantidades pagadas por mi mandante a consecuencia de las liquidaciones practicadas así como las que en*

su caso se sigan devengando con posterioridad a la presentación de la demanda y que se fijarán en el momento de ejecución de la Sentencia.

3º) Que se condene a la demandada a que reintegre a mi mandante las cantidades que se fijen en ejecución de sentencia, referentes a intereses por descubierto y comisiones que se devenguen por impagos de cuotas, en el caso que se diera su existencia.

4º) Que se condene a la demandada a la expresa condena en costas a pesar de que consignara y se allanara del presente proceso, dada la mala fe de la demandada puesto que ha quedado acreditado que esta parte ha formulado diversos requerimientos fehacientes.

Per altressí va sol·licitar la mesura cautelar consistent que s'ordenés a la demandada que no li efectués cap reclamació derivada de la manca de pagament de quotes del contracte de permuta financera de 2 de setembre de 2008, fins que es resolgués sobre la nul·litat d'aquest.

SEGON.- Es van incoar aquestes actuacions per a la tramitació de la demanda i les núm. 872/2010-1a0 per a la tramitació de la mesura cautelar. En aquestes darreres, després que tingués lloc la compareixença en què la Caixa es va oposar a la mesura cautelar, aquesta es va desestimar a la interlocutòria de 14 juliol de 2010, que no fou recorreguda.

TERCER.- La Caixa va presentar escrit de contestació a la demanda de judici ordinari en què va finalitzar sol·licitant que al seu dia es dictés sentència en la qual es desestimés la demanda, amb expressa condemna del demandant al pagament de les costes.

QUART.- L'audiència prèvia va tenir lloc el 26 d'octubre de 2010. Es va constatar que continuava el litigi entre les parts; cap d'elles no va impugnar l'autenticitat dels documents de la contrària; es van fixar els fets controvertits; les parts van proposar els seus mitjans de prova, que es van admetre parcialment; i es va assenyalar la vista del judici.

CINQUÈ.- El judici va tenir lloc el 20 de gener de 2011. Es van practicar els interrogatoris de part (el de la Caixa en la persona del seu responsable de Derivats, Pedro Javier Conejero Calvo); la testifical de Miguel Esteban Huerga (exempleat de la Caixa); i la pericial de David García Muntané (perit de la part actora). La part demandada va renunciar a la testifical de Miriam López i no va comparèixer l'autor de l'informe pericial de Deloitte que havia presentat la part demandada, que tampoc no va donar cap explicació de la manca de compareixença del seu perit, malgrat que en l'audiència prèvia havia quedat citat a través de la part. Finalitzada la pràctica de la prova, els lletrats van formular els seus informes de conclusions, amb la qual cosa el plet va quedar conclús per a sentència.

SISÈ.- En aquesta plet s'han complert totes les formalitats legals, llevat la del termini per dictar sentència, degut a la càrrega de feina del Jutjat.

RAONAMENTS JURIDICS

PRIMER.- El demandant reclama que es declari la nul·litat del contracte de permuta financera d'interessos que va subscriure amb la Caixa el 2 de setembre de 2008, pel vici d'error en el consentiment i també per manca d'objecte cert; que es declari també la nul·litat de les liquidacions practicades i de les que pugui practicar la demandada en execució del contracte; que es condemni l'entitat d'estalvis a reemborsar-li les quantitats abonades pel demandant en virtut d'aquestes liquidacions, a fixar en execució de sentència; i que es condemni també la demandada a que li reemborsi els eventuais interessos per descobert i comissions que es puguin produir per l'impagament de les liquidacions, també a fixar en execució de sentència.

La demandada Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (la Caixa) s'hi oposa.

SEGON.- El 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), es tracta d'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; tipus d'interès que generalment en una de les parts és fix mentre que en l'altra és variable (més potser un diferencial).

Es tracta d'un negoci importat del dret anglosaxó, les característiques del quals en l'ordenament jurídic espanyol són que es tracta d'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 especulatiu.

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 tot 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 existeix o, pel que aquí ens interessa, serà anul·lable quan s'hagi prestat amb algun dels vicis d'error, violència, intimidació o dol (art. 1265 CC). Perquè 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 altre requisit que el Codi civil no esmenta expressament però que es dedueix dels principis d'autorresponsabilitat i bona fe (aquest consagrat a l'art. 7 CC), consistent en que l'error sigui excusable, en el ben entès que l'error serà inexcusable quan va poder ser evitat emprant una diligència mitjana o regular, la qual s'haurà d'apreciar valorant les circumstàncies de tota índole que concorrin en el cas, incloses les personals, i no només les del contractant que hagi patit l'error, sinó també les 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 que l'error sigui excusable és impedir que l'ordenament jurídic protegeixi a qui l'hagi patit quan no mereixi aquesta protecció per la seva conducta negligent, en el qual cas cal traslladar la protecció a l'altra part contractant, que esdevé mereixedora de la protecció legal per la confiança que ha dipositat en la declaració d'aquella. En tot cas, l'apreciació de l'error substancial cal fer-la amb criteri restrictiu, en virtut 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 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 i els seus clients, en què hi ha un palès desequilibri entre ambdues parts contractants. Per això, en els últims anys aquest sector 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 es realitzin en el sector bancari, 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, les condicions generals i un llenguatge o gerga sovint incomprensible 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, 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.- Les dades del contracte de permuta financera d'interessos que el Sr. Navarro López i la Caixa van subscriure són les següents:

- Número del contracte: 9 4.
- Data de subscripció: 2 de setembre de 2008.
- Nominal de cobertura: 288.028,39 € (si bé en el document anomenat Avaluació de la Conveniència que constitueix l'annex 2 del contracte, la Caixa va fer constar 20.000 €).
- Data d'entrada en vigor: 1 de gener de 2009.
- Interès fix: 5,767 %.
- Data de venciment: 1 de gener de 2012, això és tres anys (si bé en l'Avaluació de la Conveniència la Caixa va fer constar un termini de 12 mesos).
- Dates de revisió (de cancel·lació) del contracte: l'1 de gener de cada any; dates de pagament: el dia 1 de cada mes (segons l'annex del contracte).

El contracte el van subscriure el Sr. _____
l'oficina 0823 de la Caixa, Mi _____
i que actualment està jubilat.

i l'aleshores sots-director de
cosí del pare del demandant,

El Sr. Navarro López va subscriure el contracte *swap* amb la creença que li havia imbuït la Caixa de que amb ell es protegia de les pujades de l'euríbor en l'execució del contracte de crèdit obert amb interès variable i garantia hipotecària que havia subscrit en escriptura pública amb l'entitat d'estalvis el 23 de juny de 2004. Al principi fou així, ja que des del mes de febrer de 2009 fins al mes de gener de 2010 (12 liquidacions mensuals) la Caixa li va girar liquidacions positives, encara que de molt poca quantia, que li van suposar que la Caixa li abonés un total de 375,87 €. Tanmateix, a partir de llavors les liquidacions van passar a ser negatives, i per uns imports molt superiors als anteriors: el mes de febrer de 2010: 939,57 €; el mes de març: 847,19 €; el mes d'abril: 936,34 €; el mes de maig de 2010: 904,58 €; i així successivament, ja que la Caixa ha continuat girant i carregant al demandant liquidacions mensuals per imports similars, que el Sr. Navarro López ha hagut de continuar pagant.

Fou poc temps després de la formalització del contracte que el Sr. _____ davant de les notícies que començaven a circular en alguns mitjans de comunicació sobre la verdadera naturalesa del producte, com, per exemple, en certs fòrums d'internet, va intentar cancel·lar-lo, però el sots-director de l'oficina Sr. Esteban Huerga li va informar que no ho podia fer fins l'1 de gener de 2009. Tanmateix, arribada aquesta data va desistir de la cancel·lació quan aquell el va informar verbalment del cost força elevat de l'operació: segons el demandant, 20.000 €; segons el sotsdirector de l'oficina, sobre 8.000 € o 9.000 €. Posteriorment, el 29 de setembre de 2009, el 21 de gener i l'11 de febrer de

2010 el demandant va enviar a la Caixa tres burofax de reclamació (l'últim ja mitjançant el seu advocat) en els quals va tornar a reiterar la seva petició de cancel·lar el contracte, tots ells sense èxit, amb la qual cosa no li va quedar més remei que continuar acceptant el càrrec de les liquidacions mensuals negatives que la Caixa li continua girant, i interposar la demanda de nul·litat del contracte de permuta financera d'interessos.

CINQUÈ.- Com indica el fet previ de la contestació a la demanda, la demanda és un pèl massa genèrica, hauria de contenir més referències específiques al supòsit concret del demandant, ja que, en definitiva, l'existència de l'error com vici del consentiment és una qüestió de fet. Tanmateix, malgrat aquest defecte de la demanda, amb el resultat de la prova practicada han quedat provats, a més dels fets que hem exposat en el raonament de dret anterior, els que exposarem a continuació, dels quals, per tal de resoldre la qüestió litigiosa, extraurem les conclusions pertinents:

1r) La publicitat de la Caixa fou (i encara és) totalment enganyosa sobre la veritable naturalesa d'aquest producte bancari.

La Caixa publicita el swap com si fos una assegurança davant les pujades dels tipus d'interès, sense esmentar, o esmentant-los només d'esquitllada, els dos grans inconvenients per al client: el risc de les baixades dels tipus, en el qual cas el client haurà de pagar a l'entitat liquidacions negatives; i l'onerositat de la cancel·lació anticipada.

Evidentment, l'IRS no és un contracte d'assegurança en el sentit tècnic jurídic de la paraula, ja que, d'entrada, manca el requisit del pagament de la prima per part del client. En execució del contracte el que es produeix realment són unes permutes financeres entre el banc i el client que venen determinades per l'evolució del tipus d'interès de referència. Tanmateix, això no obsta al fet que la Caixa ofereix el producte als seus clients com si es tractés d'una assegurança (en el sentit vulgar del terme) contra les pujades del tipus d'interès. Així, una pàgina del web de la Caixa (que quan l'he consultat estava igual que la seva impressió annexada de document núm. 21 a la demanda), defineixen l'IRS com "un instrument financer de cobertura de risc d'interès que permet convertir el tipus d'interès variable en fix en el moment que vulgui i durant el temps que l'interessi; així, elimina el risc davant de pujades dels tipus d'interès variables". I continua: "Per exemple, en el cas de finançaments contractats a un tipus d'interès variable hi ha el risc que es produeixi una pujada dels tipus d'interès i, per tant, un encariment dels costos financers. D'aquesta manera, la seva empresa pot reduir les fluctuacions de les despeses financeres, i incrementar els ingressos en concepte d'interessos."), més endavant, en l'apartat "Avantatges principals", dins d'una llista inclou els següents: "Adaptarà el cost dels tipus d'interès a cada moment concret; Eliminarà per complet el risc de pujades dels tipus d'interès; Suprimirà la incertesa i podrà gestionar millor els pressupostos; Sabrà per endavant el cost de finançament cobert; Estarà protegit davant d'oscil·lacions de mercat sense fer desemborsament inicial; Estabilitzarà els fluxos de caixa; Posarà fre a l'increment dels interessos en els pagaments mensuals...". Cert que al mig de la pàgina web hi ha un gràfic de les possibles variacions del tipus d'interès en un període temporal determinat, en què les que

3r) La Caixa tampoc no va donar al Sr. _____ prou informació prèvia a la subscripció del contracte de permuta financera perquè entengués la veritable naturalesa del producte i els riscos inherents.

Ha quedat acreditat que el producte se'l va oferir l'aleshores sots-director de l'oficina de la Caixa amb la qual el demandant treballava habitualment, M E Ht _____, qui, en unitat d'acte, va omplir ell mateix amb el seu ordinador el test d'Avaluació de la Conveniència (que és obligatori efectuar abans de la subscripció de qualsevol producte financer, d'acord amb l'art. 73 del Reial Decret 217/2008, sobre el règim jurídic de les empreses de serveis d'inversió i de les altres entitats que presten servei d'inversió), que acte seguit el demandant va signar havent-lo llegit només per sobre, i que a continuació li va presentar el contracte de contracte de permuta financera, amb els seus annexos, que el demandant també només va poder llegir superficialment abans de signar-lo.

Tanmateix, no ha quedat acreditat que el Sr. E i Ht _____ efectués cap simulació del producte abans de la signatura. La contestació a la demanda afirma que aquesta simulació sí que es va fer, i la part hi ha annexat la còpia d'una simulació de l'IRS i la d'un altre producte anomenat "Cobertura Límite" (documents núm. 15 i 16 de la part), però es tracta de documents que el Sr. Navarro López nega haver rebut, amb la qual cosa, com que, d'acord amb l'art. 217 de la LEC, la prova de la realització de les simulacions pesava sobre l'entitat d'estalvis, es tracta d'un fet que no es pot tenir per realitzat. Al respecte, com diuen reiteradament les memòries anuals del Banc d'Espanya, les entitats financeres han d'estar en condicions d'acreditar que amb anterioritat a la formalització de l'operació, han facilitat al client un document informatiu sobre l'instrument de cobertura ofert en el que s'indiquin les seves característiques principals sense omissions significatives; sinó, en cas contrari, es considera que l'actuació de l'entitat financera ha estat contrària als principis de claredat i transparència que inspiren les bones pràctiques bancàries.

Com tampoc ha quedat acreditat que el sots-director de l'oficina oferís també al demandant, com alternativa al swap, la subscripció d'un altre producte financer anomenat CAP, "Límite de tipus de interès" o simplement LTI, ja que el Sr. _____ ho ha negat i, aquí també, la càrrega de la prova d'aquest oferiment pesava sobre la demandada.

Amb aquesta forma d'actuar, la Caixa va infringir l'art. 60.1 del text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris (RD legislatiu 1/2007), en quant disposa que "Abans de contractar, l'empresari haurà de posar a disposició del consumidor i usuari de manera clara, comprensible i adaptada a les circumstàncies la informació rellevant, veraç i suficient sobre les característiques Essencials del contracte, en particular sobre les condicions jurídiques i econòmiques, i dels béns o serveis que en siguin objecte." Així mateix va infringir el RD 217/2008, sobre el règim jurídic de les empreses de serveis, que estableix certes normes de conducta a aquells que prestin serveis d'inversió, com ara l'art. 60, en quant ordena que la informació ha de ser exacta, sense destacar els beneficis potencials de l'instrument financer sense indicar també els riscos pertinents, de manera imparcial i visible (apartat b de l'esmentat

precepte legal); que la informació sigui suficient i que es presenti de forma que resulti comprensible per qualsevol integrant mitjà del grup al que es dirigeix o per als seus probables destinataris (apartat c); i que la informació no ocultarà, encobrirà o minimitzarà cap aspecte, declaració o advertència importants (apartat d); l'art. 62, en quant estableix que tota la informació relativa a la contractació del producte financer haurà de ser donada al client amb suficient antelació perquè pugui decidir la seva contractació o no; i l'art. 66, en quant estableix que l'entitat haurà d'informar al seu client minorista de absolutament tots els possibles costos del producte, fins i tot qualsevol qüestió que "directa o indirectament repercuteixi sobre el preu a pagar per l'instrument financer..."

4t) Les clàusules del contracte *swap* litigiós bé mantenen la il·lusió de que només es tracta d'un producte d'"assegurança" del client contra les pujades del tipus d'interès, bé són obscures, vagues, imprecises, confuses, complexes, contradictòries i de difícil comprensió.

D'entrada, és evident que es tracta d'un contracte d'adhesió en què la facultat del client queda limitada a signar-lo o no, sense poder introduir cap modificació en les clàusules del contracte, que constitueixen veritables condicions generals idèntiques en tots ells.

Com a segona qüestió prèvia, convé ja indicar que en l'anàlisi del contracte prescindiré de l'informe pericial de Deloitte aportat a les actuacions per la part demandada, ja que l'autor del document no ha comparegut a la vista a sotmetre's a la immediació del Tribunal i a la contradicció de les parts, sense que la part, a través de la qual el perit va quedar citat en l'audiència prèvia, hagi donat en la vista cap explicació de la raó de la incompareixença.

Aclarits els dos extrems anteriors, passarem a examinar el contracte litigiós.

Els apartats I i II de la part expositiva del contracte mantenen la ficció que l'objecte d'aquest és que el client o minorista es protegeixi davant del risc d'increment del tipus d'interès variable, i només l'apartat III fa esment d'una manera subtil a la possibilitat que en l'execució del contracte es puguin produir pagaments a favor de la Caixa, quan, després d'indicar que del contracte es derivarà un pagament a favor del client per part de la Caixa en aquells períodes de referència que el tipus financer superi el tipus fix, està imprès en el document, "i viceversa". Aquest "i viceversa" és l'única referència en l'encapçalament del contracte que indica que el client té l'alt risc que li toqui acabar pagant a la Caixa.

El contracte es contradiu amb el test d'Avaluació de la Conveniència pel que fa a la duració i el termini: el contracte diu que l'import del capital són 288.028,39 € i, segons es dedueix del calendari mensual de liquidacions de l'annex, la seva duració és de tres anys (de l'1 de febrer de 2009 a l'1 de gener de 2012), però, tanmateix, el test indica que el capital és de 20.000 € i el termini, 12 mesos.

La clàusula 7.a), amb el títol "Regles generals dels efectes de la resolució", estableix que "El client no haurà de satisfer a la Caixa cap comissió ni penalització per raó de la resolució del contracte". Com indica en el seu informe

el perit de la part demandant, l'anterior clàusula indueix a l'error, ja que un client minorista (com el Sr. _____ val a dir) sense experiència en la tipologia del contracte ni coneixements sobre la terminologia i les característiques del producte, pot interpretar que pot cancel·lar el contracte de manera anticipada sense desemborsament de cap mena.

Similar crítica es pot efectuar de la clàusula 12^o, "Declaraciones sobre instrumentos financieros", on, entre altres coses, hom indica que el client manifesta ser totalment conscient del risc inherent al contracte, el valor de mercat del qual pot variar ràpidament com conseqüència de variacions en els tipus d'interès o altres paràmetres dels mercats financers, ja que, com també diu el perit Sr. García Muntané, un client minorista com el Sr. _____ (això és, particular sense coneixements financers) pot interpretar que un valor de mercat sempre és positiu o nul, però mai negatiu. A més, la referència de la clàusula a "altres paràmetres dels mercats financers" com una de les causes de variació del valor del contracte, és absolutament vaga i imprecisa, amb el resultat que deixa la liquidació d'aquestes eventuais variacions en mans exclusives de la Caixa.

Pel que fa al cost de la cancel·lació anticipada del contracte per el client, la clàusula 15, "Pacto de liquidez", esmenta que en qualsevol moment previ a l'última data de pagament el client podrà sol·licitar a la Caixa una valoració del contracte, que aquesta efectuarà i després comunicarà al client, que podrà acceptar-la, en el qual cas el contracte quedarà extingit, però no concreta de cap manera quins seran els criteris o normes d'aquesta valoració. Això apart, la clàusula, en quant estableix que la valoració del contracte es podrà efectuar en qualsevol moment, és contradictòria respecte de l'annex del document que estableix com únics dates de revisió els dies 1 de gener de cadascun dels tres anys de duració del contracte, i, encara més, tampoc no va ser complida per la Caixa, ja que ha quedat provat que quan poc després de la formalització del contracte (el 2 de setembre de 2008) el Sr. Navarro López va demanar al sots-director de l'oficina Sr. Esteban Huerga de resoldre el contracte, aquest li va respondre que no ho podia fer fins l'1 de gener de 2009.

Per últim, la terminologia, els càlculs, les fórmules matemàtiques, emprats en els mètodes de càlcul indicats en forma subsidiària per la Caixa en l'annex 2 del contracte, amb el títol "Cálculo del valor del instrumento de cobertura", per establir el valor el valor de rescat del contracte en cas de cancel·lació anticipada del client, són totalment incomprensibles i incomprovables per persones que com el demandant o el que això subscriu no dominen la gerga financera i tampoc no tenen accés als índexs i dades econòmics als quals es remeten aquests mètodes de càlcul; amb el resultat que la liquidació del contracte queda totalment en mans de la Caixa.

D'acord amb l'art. 82 del text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris (RD legislatiu 1/2007), les anteriors clàusules són abusives en quant són contràries a les exigències de la bona fe i causen en perjudici del consumidor (el client minorista) un desequilibri important en els drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte.

5è) La conclusió que hom treu de tot l'afer és que la Caixa no fou honesta amb els clients que com el demandant van contractar el contracte de permuta financera d'interessos l'any 2008.

És obvi que la fixació per la Caixa d'un tipus de referència en el contracte swap del 5,767% no va ser cosa de l'atzar, sinó la conseqüència d'un previ estudi del mercat i d'unes expectatives sobre el comportament previsible de l'euribor amb base a la informació privilegiada de que disposava la demandada, que aquesta en cap moment va compartir amb el Sr. _____ ni tampoc amb els altres clients que en aquella època van subscriure els contracte de permuta financera d'interessos. En el segon semestre de l'any 2008 els serveis financers de la demandada havien de ser conscients que en l'àmbit territorial de la Unió Europea els tipus d'interès en general i l'euribor en particular baixarien a mig o fins i tot a curt termini. El gràfic de l'evolució de l'euribor des de l'any 2000 fins a finals de l'any 2008 és força il·lustratiu (curiosament, es tracta d'un document portat a les actuacions la mateixa part demandada, com núm. 12 de la seva contestació). Segons aquest gràfic, l'euribor va tenir un pic per sobre del 5% a finals de l'any 2000; després va tenir una davallada quasi constant fins un tipus del 2% i escaig, que va durar els anys 2003, 2004 i 2005, i posteriorment una lenta repuntada també constant fins al quasi 6% al qual va arribar a finals de 2008. El gràfic és com una vall, amb els anys 2003, 2004 i 2005 al fons d'ella. A la vista d'aquest gràfic i tenint en compte que des de la introducció de l'euro a la majoria de països de la Unió Europea l'any 2000, la política monetària i financera comuna la porta el Banc Central Europeu, la principal preocupació del qual ha estat sempre mantenir la inflació en el nivell més baix possible, per a la qual cosa ha procurat que el tipus d'interès de la zona euro fos també el més baix possible; en el segon semestre de 2008 era evident que l'euribor havia arribat a un pic i que a partir d'aleshores començaria a baixar. Les previsions formulades en aquella època per diferents organismes i entitats econòmiques i financeres (inclosa la mateixa demandada) contingudes en la documentació econòmica annexada pel perit Sr. García Muntané al seu dictamen, anaven totes en aquest sentit. El que cap d'aquestes entitats esperava era la fallida del sistema financer nord-americà a finals de l'any 2008, la qual cosa va provocar una crisi econòmica en tot el món, un dels efectes negatius de la qual, pel que aquí ens interessa, fou que el que hauria estat una davallada més o menys suau de l'euribor es convertís en una caiguda en picat.

És evident que la Caixa no va ajustar la seva actuació a l'art. 79 de la Llei del mercat de valors (Llei 24/1988), en quant aquest precepte disposa que les entitats que prestin serveis d'inversió hauran de comportar-se amb diligència i transparència en interès dels seus client, tenint cura d'aquests interessos com si fossin propis.

6è) La part demandada no ha provat l'afirmació que efectua al fet 1r.9 de la contestació a la demanda respecte de la manca de conflicte d'interessos entre els clients dels contractes de permuta financera d'interessos i ella mateixa. La part demandada sosté que la Caixa no es lucra per les pèrdues que el client experimenti, ja que l'entitat d'estalvis obté el seu benefici en la percepció d'un diferencial entre les operacions que tanca amb els seus clients i les que formalitza amb operacions amb "coberturas espejo" amb tercers.

Tanmateix, desconec si això és realment així, però en tot cas es tracta d'una afirmació que no ha quedat provada, i, en segon lloc, la defensa numantina de la validesa de les pòlisses de permuta financera d'interessos que no només la Caixa sinó altres entitats bancàries i d'estalvis espanyoles estan efectuant davant dels tribunals sembla indicar tot el contrari.

7è) El mateix es pot dir de l'afirmació del fet 5è.1 de la contestació a la demanda de que l'increment dels pagaments a realitzar per l'actor ha tingut una mínima repercussió econòmica per a ell, atès que d'acord amb les mateixes dades aportades per la part demandada (documents 31 i 32 de la contestació) resulta que el Sr. Navarro López va passar de pagar en el rebut de la hipoteca d'1 de gener de 2010, 1.615,78 € (capital més interessos) a pagar l'1 de febrer següent, el primer mes que les liquidacions de l'IRS van ser negatives, 1.879,44 €, dels quals 939,57 € van correspondre a la liquidació negativa de la permuta financera d'interessos.

SISÈ.- La conclusió de tot això és que quan el Sr. [redacted] al subscriure el 2 de setembre de 2008 el contracte de permuta financera d'interessos litigiós no era conscient de que firmava el que firmava, de la naturalesa especulativa del producte que li havia ofert la Caixa ni del risc econòmic que contraïa si baixava el tipus de l'euribor (risc que es faria realitat al cap d'un any des que comencés l'execució del contracte). En definitiva, el demandant va signar enganyat. Aquest engany el va fer patir un error sobre les condicions essencials del producte financer que contractava, que va viciar el seu consentiment. Atès que l'esmentat error és excusable, ja que el demandant no el podia haver evitat emprant la diligència mitjana que la jurisprudència exigeix en aquests casos, degut a les circumstàncies de tota mena, objectives i subjectives, concurrents tant en la fase precontractual com en la contractual (que hem relatat en el raonament de dret anterior), la conseqüència jurídica és que ens trobem davant d'un vici del consentiment que, d'acord amb l'art. 1300 CC en relació amb l'art. 1266 del mateix text legal, ha de determinar la nul·litat del contracte amb els seus annexos i de les liquidacions practicades per la Caixa en la seva execució.

La conseqüència obligada de la nul·litat que es declara és la restitució recíproca de les coses que hagin estat matèria del contracte, amb els seus fruits i el preu amb els seus interessos (art. 1303 CC), de manera que les parts contractants tornin a la situació personal i patrimonial que tenien abans de contractar, el que significa que la Caixa haurà de tornar al Sr. Navarro López el saldo al seu favor de les liquidacions negatives mensuals practicades, en el qual caldrà compensar el saldo d'aquelles primeres liquidacions positives favorables al demandant (particular aquest que no esmenta la pèrta de la demanda), amb els interessos legals produïts des de la data de cada liquidació i, si s'escau, els possibles interessos per descobert i comissions que per impagament de les liquidacions negatives hagi pogut percebre la demandada.

SETÈ.- Atesa l'estimació de la demanda per vici de consentiment, no cal entrar a examinar el segon motiu de nul·litat del contracte, per manca d'objecte cert, invocat en forma subsidiària a la demanda.

VUITÈ.- Atesa l'estimació de la demanda, de conformitat amb l'art. 394 LEC correspon imposar el pagament de les costes a la part vençuda, la demandada.

DECISIÓ

Estimant la demanda interposada pel Sr. _____ contra CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA): 1r/ declaro la nul·litat per vici del consentiment del demandant del contracte de permuta financera d'interessos (núm. 9853.21.0019349-24) subscrit per les parts el 2 de setembre de 2008, així com la de tots els documents annexos i complementaris del contracte subscrits també entre elles; 2º/ declaro la nul·litat de les liquidacions mensuals practicades per la Caixa en execució del contracte, i de les que eventualment pugui practicar en el futur; 3r/ condemno la Caixa a tornar al Sr. _____ el saldo negatiu resultant de les anteriors liquidacions, prèvia compensació amb el saldo de les liquidacions positives en favor del demandant, amb els interessos legals produïts des de la data de cada liquidació; 4r/ si s'escau, condemno la Caixa a que reintegri al Sr. _____ els interessos per descobert i les comissions que s'hagin pogut produir per la manca de pagament per aquest de les liquidacions negatives, a fixar en execució de sentència; i 5è/ imposo a la Caixa el pagament de les costes.

Notifiqueu aquesta sentència a les parts. Advertiu-los que hi poden interposar recurs de apel·lació, que hauran de preparar en aquest mateix Jutjat dins els cinc dies següents a aquell en què es notifiqui aquesta resolució, prèvia consignació de 50 euros en el compte del Jutjat.

Per aquesta la meua sentència. Porteu-ne l'original al llibre de sentències i expediu-ne testimoni per a incorporar-lo a les actuacions. Ho pronuncio i firmo.

DILIGÈNCIA DE PUBLICACIÓ.- El magistrat jutge ha llegit i publicat la sentència anterior en audiència pública el dia de la data. En dono fe.