

Juzgado Primera Instancia 55 Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111
08075 Barcelona

Tel.:93-554 94 55
Fax.:93-554 95 55

Num. cuenta bancaria: 0977-0000

NIG: 08019 – 42 .1 .2010 -81557287
Procedimiento: procedimiento ordinario **871/2010**
Sección 10

Órgano judicial de procedencia:
Porcedimiento de origen: 871/2010

Parte demandante: [REDACTED]
Procurador/a: [REDACTED]
Parte demandada: CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA – “LA CAIXA”
Procurador/a: [REDACTED]

SENTENCIA

Barcelona, 22 de marzo de 2011

[REDACTED], magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Barcelona, he visto las presentes actuaciones de juicio ordinario. Núm. 871/2010-1a0, tramitadas a instancia del Sr. [REDACTED], representado por la procuradora Sra. [REDACTED] i defendido por el letrado Sr. procuradora Sr. [REDACTED] contra CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (que gira comercialmente como LA CAIXA), representada por el procurador Sr. [REDACTED] i defendida por el letrado Sr. [REDACTED], en que contestan los siguientes,

HECHOS

PRIMERO.- El 26 de mayo de 2010 [REDACTED] interpuso contra Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (la Caixa) demanda de juicio ordinario en el ejercicio de la actuación de nulidad contractual por falta de consentimiento o, subsidiariamente, por falta de objeto, en que finalizó solicitando en su día se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1º) La nulidad de condiciones particulares del contrato de fecha 2 de septiembre de 2008, así como de la Adenda, de la Evaluación de la conveniencia, 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 [REDACTED] € 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 fijan 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 a formulado diversos requerimientos fehacientes.*

Otro sí fue solicitar la medida cautelar consistente en que se ordenase a la demandada que no le efectuase ninguna reclamación derivada de la falta de pago de cuotas del contrato de permuta financiera de 2 de septiembre del 2008 hasta que se resolviese sobre la nulidad de este.

SEGUNDO.- Se incoaron estas actuaciones para la tramitación de la demanda y las numero 872/2010-1a0 para la tramitación de la medida cautelar. En estas últimas, después de que tuviera lugar la comparecencia en la que La Caixa se opuso a la medida cautelar, esta se desestimó a la interlocutoria de 14 de julio del 2010, que no fue recurrida.

TERCERO.- La Caixa presentó escrito de contestación a la demanda de juicio ordinario en la que finalizó solicitando que en su día se dictase sentencia en la cual se desestimase la demanda, con expresa condena del demandado al pago de las costas.

CUARTO.- La audiencia previa tuvo lugar el 26 de Octubre del 2010. Se constató que continuaba el litigio entre las partes; ninguna de ellas no impugnó la autenticidad de los documentos de la contraria; se fijaron los hecho controvertidos; las partes propusieron sus medios de prueba, que se admitieron parcialmente; y se señaló la vista del juicio.

QUINTO.- El juicio tuvo lugar el 20 de enero del 2011. Se practicaron los interrogatorios de parte (el de la Caixa en la persona de su responsable de derivados, [REDACTED]); la testifical de [REDACTED] (ex empleado de La Caixa); y la pericial de [REDACTED] (Perito de la parte actora). La parte demandada renunció al testimonio de [REDACTED] y no compareció el autor del informe pericial de Deloitte que había presentado la parte demandada, que tampoco dio ninguna explicación de la ausencia de su perito, aunque en la audiencia previa se le había citado a través de la parte. Finalizada la práctica de la prueba, los letrados formularon sus informes de conclusiones con lo que el pleito quedó cerrado para sentencia.

SEXTO.- En este pleito se han cumplido todas las formalidades legales, menos la del plazo para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo del juzgado.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El demandante [REDACTED] reclama que se declare la nulidad del contrato de permuta de intereses que suscribió con La Caixa el 2 de setiembre del 2008, por el vicio de error en el consentimiento y también por falta de objeto cierto; que se declare también la nulidad de las liquidaciones practicadas y de las que pueda practicar la demandada en ejecución del contrato; que se condene a la entidad de de ahorros a reembolsarle las cantidades abonadas por el demandante en virtud de estas liquidaciones, a fijar en ejecución de sentencia; y que se condene también a la demandada a que le reembolse los eventuales intereses por descubierto y comisiones

que se puedan producir por el impago de las liquidaciones también a fijar en ejecución de sentencia.

La demandada caixa d'estavis i Pensions de Barcelona (La Caixa) se opone.

SEGUNDO.- El contrato de permuta financiera de intereses, traducción de la expresión en lengua inglesa *interest rate swap (IRS)*, también llamado, simplemente, contrato swap (en adelante me referiré al contrato utilizando indistintamente cualquiera de estas expresiones), se trata de un contrato financiero suscrito entre dos partes, normalmente un banco y uno de sus clientes, que puede ser una empresa, pero también un particular (llamado minorista), mediante el cual las partes contratantes acuerda intercambiar sobre un nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente, o tipo de interés para cada uno de ellos sobre dicho nominal en un plazo determinado.

En otras palabras, el perito de la parte demandante sr. [REDACTED] lo define como un acuerdo por el cual las partes se comprometen a intercambiar, en unas fechas prefijadas, flujos periódicos consistentes en aplicar un tipo de interés a un nominal; tipo de interés que generalmente para una de las partes es fijo mientras que para la otra es variable (más posiblemente un diferencial).

Se trata de un negocio importado del derecho anglosajón, las características del cual en el ordenamiento jurídico español son que se trata de un contrato atípico y autónomo; único y principal, consensual, bilateral; sinalagmático; de ejecución continua, en el que los contratantes se intercambian obligaciones económicas, que tiene carácter aleatorio; y que para parte de la doctrina y la jurisprudencia también tiene tintes especulativos.

Como consecuencia de la suscripción del contrato las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos recíprocamente pactados al nominal de referencia, durante los periodos que se acuerden, hasta el vencimiento del contrato, que normalmente finalizará bien por cumplimiento de la fecha de vencimiento pactada, bien por cancelación voluntaria de cualquiera de las partes.

TERCERO.- entre los requisitos esenciales de todo contrato (art. 1261 CC), se encuentra el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta i la aceptación sobre el objeto y la causa que se he de constituir el contrato (art. 1262 CC), de forma que el contrato será nulo en cuanto no exista consentimiento o, por el que aquí nos interesa, será anulable en cuanto se haya prestado en alguno de los vicios de error, violencia, intimidación o dolo (art. 1265 CC). Para que el error invalide el consentimiento, hace falta que se recaiga sobre la sustancia de la cosa o el objeto del contrato o sobre las condiciones esenciales de esta (art. 1266 CC). Además, la jurisprudencia exige la concurrencia de otro requisito que el Código civil no menciona expresamente pero que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe (este consagrado en art. 7 CC), consiste en que el error sea excusable, mientras se entienda que el error será inexcusable cuando pudo ser evitado mediante una diligencia mediana o regular, la cual se tendrá que apreciar valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluidas las personales, y no solo las del contratante que haya sufrido el error, sino también las del otro, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de este; atendiendo así que la función básica del requisito de que el error sea excusable será impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien lo ha sufrido mientras no merezca esta protección por su conducta negligente, en el cual se deberá trasladar la protección a la otra parte contratante, que sea merecedora de la protección legal por la

confianza en que ha depositado en la declaración de aquella. En todo caso, la apreciación del error sustancial se debe llevar de forma restrictiva, en virtud del principio de conservación de los contratos.

La formación de la voluntad de negocio y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido pleno consentimiento de lo que significa el contrato que se suscribe, así como los derechos y obligaciones que se adquieran, la cual cosa otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la cual cada uno de los contratantes ha de poder obtener toda la información necesaria para poder valorar de forma clara cuál es su interés en el contrato y actuar en consecuencia, de forma que, si llega a prestar su consentimiento y el contrato se realiza, lo haga convencido que los términos que se concretan responden a su voluntad de negociación, así como será plenamente conocedor de aquello al que le obliga y qué recibirá a cambio.

Si esto es así en la celebración de cualquier tipo de contrato, aún con más motivo lo debe ser en el ámbito de la contratación bancaria entre los bancos y sus clientes, en el que hay un claro desequilibrio entre las partes contratantes. Por esto, en los últimos años este sector ha sido merecedor de una especial atención por la parte del legislador. Que ha establecido códigos y normas de conducta para proteger a la parte más débil, el cliente, con la finalidad de dotar de claridad y transparencia las operaciones que se realizan en el sector bancario, en el cual concurren no solo comerciantes y empresarios, sino ciudadanos de todo tipo, que suscriben contratos con bancos y entidades financieras, desde los más sencillos a los más complejos, en un mundo que está presidido por los contratos de adhesión, las condiciones generales y un lenguaje o jerga a menudo incomprensible por el ciudadano de a pie. La especial complejidad del sector financiero lo impregnan de peculiaridades propias y diferentes respecto a los otros sectores que comportan la necesidad de procurar al cliente una adecuada protección, tanto en la fase precontractual (mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y la adecuada información, ya que solo un cliente bien informado puede escoger el producto o servicio bancario que más le convenga según sus necesidades y efectuar así una correcta contratación), como en la fase contractual (mediante la normativa legal sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin que la relación bancaria guarde un equilibrio de prestaciones adecuada), como, por último, en la fase pos contractual (mediante mecanismos de reclamación).

Como dice la Sentencia de la AP de Asturias de 27 de Enero del 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 eficacia 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."

CUARTO.- Los datos del contrato de permuta financiera de intereses que el Sr. [REDACTED] y la Caixa suscribieron son los siguientes:

- Numero del contrato: 9853.21.0019349-24.
- Fecha de suscripción: 2 de Septiembre de 2008
- Nominal de cobertura: [REDACTED] € (si bien en el documento denominado Evaluación de la Conveniencia que constituyen el anexo 2 del contrato, la Caixa hizo constar [REDACTED] €).
- Fecha de entrada en vigor: 1 de enero del 2009
- Interés fijo: 5,767 %

- Fecha de vencimiento: 1 de enero del 2012, esto es tres años (si bien en la Evaluación de la conveniencia la Caixa hizo constar un periodo de 12 meses).
- Fechas de revisión (de cancelación) del contrato: el 1 de Enero de cada año, fechas de pago: el día 1 de cada mes (según el anexo del contrato).

El contrato lo suscribieron el sr. [REDACTED] i el entonces subdirector de la oficina 0823 de la Caixa, [REDACTED], primo del padre del demandante, y que actualmente está jubilado.

El Sr. [REDACTED] suscribió el contrato *swap* con la creencia que le había inducido la Caixa de que con este se protegía de las subidas del Euribor en la ejecución del contrato de crédito abierto con interés variable y garantía hipotecaria que había suscrito en escritura pública con la entidad de ahorros el 23 de junio del 2004. Al principio fue así, ya que desde el mes de febrero de 2009 hasta el mes de enero del 2010 (12 liquidaciones mensuales) la Caixa le giró liquidaciones positivas, aunque muy poca cantidad, que le supuso que la Caixa le abonara un total de [REDACTED] €. Así mismo, a partir de entonces las liquidaciones pasaron a ser negativas, por unos importes muy superiores a los anteriores: el mes de febrero del 2010: [REDACTED] €; el mes de marzo: [REDACTED] €; el mes de abril: [REDACTED] €; el mes de mayo: [REDACTED] €, i así sucesivamente, ya que la Caixa había continuado girando y cargando al demandante liquidaciones mensuales por importes similares, que el sr. [REDACTED] ha continuado pagando.

Fue poco tiempo después de la formalización del contrato que el sr. [REDACTED], delante de las noticias que empezaban a circular en algunos medios de comunicación sobre la verdadera naturaleza del producto, como, por ejemplo, en ciertos foros de internet, intentó cancelarlo, pero el subdirector de la oficina sr. [REDACTED] le informó que no podía cancelarlo hasta el 1 de Enero del 2009. Así mismo, llegada la fecha desistió de la cancelación cuando le informó verbalmente del elevado coste de la cancelación: según el demandante, [REDACTED] €; según el subdirector de la oficina, sobre [REDACTED] € o [REDACTED] €. Posteriormente, el 29 de setiembre de 2009, el 21 de Enero y el 11 de febrero de 2010 el demandante envió a la Caixa tres burofax de reclamación (el último mediante su abogado) en los cuales reiteraba su petición de cancelar el contrato, todos ellos sin éxito, con la cual cosa no le quedó más remedio que continuar aceptando el cargo de las liquidaciones mensuales negativas que la Caixa le continua girando, e interpuso la demanda de nulidad del contrato de permuta financiera de intereses.

QUINTO.- Como indica el hecho previo de la contestación a la demanda, la demanda es un poco genérica, debería contener más referencias específicas al supuesto concreto del demandante, ya que, en definitiva, la existencia del error como vicio en el consentimiento es una cuestión de hecho. Así mismo, pese a este hecho de la demanda, con el resultado de la prueba practicada han quedado probados, a demás de los hechos que hemos supuesto en el razonamiento anterior, los que expondremos a continuación, los cuales, a fin de resolver la cuestión litigiosa, extraeremos las siguientes conclusiones:

- 1) La publicidad de la Caixa fue (y aún es) totalmente engañosa sobre la verdadera naturaleza de este producto bancario.

La caixa publicita el *swap* como si fuera un seguro delante las subidas de los tipos de interés, sin mencionar, o mencionando someramente, los dos grandes inconvenientes para el cliente: el riesgo de las bajadas de los tipos, ya que en este caso el cliente deberá pagar a la entidad liquidaciones negativas; y la onerosidad de la cancelación anticipada.

Evidentemente el IRS no es un contrato de seguro en el sentido técnico jurídico de la palabra, ya que, de entrada, falta el requisito del pago de la prima por parte del cliente. En ejecución del contrato lo que se produce realmente son unas permutas financieras entre el banco y el cliente que vienen determinadas por la evolución del tipo de interés de referencia. Así mismo, esto no impide el hecho que la Caixa ofrezca el producto a sus clientes como si se tratase de un seguro (en el sentido vulgar del término) contra las subidas del tipo de interés. Así, una página web de la Caixa (que cuando la he consultado estaba igual que su impresión anexada de documento num.21 en la demanda), definen el IRS como “un instrumento financiero de cobertura de riesgo de interés que permite convertir el tipo de interés variable en fijo en el momento que se quiera y durante el tiempo que interese; así, elimina el riesgo delante de subidas provocadas por los intereses variables”. Y continúa “Por ejemplo, en el caso de financiaciones contratadas a un tipo de interés variable existe el riesgo de que se produzca una subida del tipo de interés y, por tanto, un encarecimiento de los costes financieros. De esta manera, su empresa puede reducir las fluctuaciones de los gastos financieros, e incrementar los ingresos en concepto de intereses”. Y, más adelante, en el apartado “Ventajas principales”, dentro de una lista incluye los siguientes: “Adaptará el coste de los tipos de interés a cada momento concreto, eliminará por completo el riesgo de subidas de los tipos de interés; suprimirá la incertidumbre y podrá gestionar mejor los presupuestos; conocerá por adelantado el coste de financiación cubierto; estará protegido delante de oscilaciones de mercado sin hacer ningún desembolso inicial; estabilizará los flujos de caja, pondrá freno al incremento de los intereses en los pagos mensuales...”. Ciertamente que en medio de la página web hay un gráfico de las posibles variaciones del tipo de interés en un periodo temporal determinado, en que las que están por debajo de la cobertura IRS (el tipo de interés fijado en el contrato), tienen lo que el gráfico llama “Sobrecoste por cobertura” por debajo de la línea de interés fijo, pero ¿Quién se fija en el gráfico delante de la garantía de la entidad financiera de tener cubiertas las subidas del tipo de interés?

Y lo mismo se puede decir de los dos videos de la Caixa sobre sus productos CAP, IRS y COLLAR, que el demandado se ha bajado del canal Youtube de la Caixa (que están grabados en el DVD que es el documento 22 de la demanda). Los dos contienen una presentación de los tres productos; a continuación escenifican una supuesta conversación entre una empleada de la Caixa y un cliente en que la primera le explica sucesivamente las maravillas de cada uno de los tres productos bancarios; y, por último, una voz en off describe los supuestos aspectos diferenciales de los tres productos con los de la competencia. La única diferencia entre los dos videos es que en el primero de ellos, sobre los 4 m 18 s, la empleada le dice al cliente lo siguiente: “tenga en cuenta por otra parte que la cuota nunca será mayor a la que usted haya negociado al principio”; que es una afirmación ciertamente desafortunada por falsa y temeraria. Debe ser por eso que en el segundo video ya no está. El resto, el contenido de dos videos me ha parecido idéntico. Se trata de dos documentos bastante ilustrativos de cómo la Caixa ofrecía (ignoro si aún hay que conjugar el tiempo en presente) el IRS a sus clientes como un seguro contra una eventuales subidas de los tipos de interés, que no solo no hacen ninguna alusión a que el cliente deberá pagar más dinero en caso de baja de los tipos de interés, sino que afirman (como recoge la transcripción de la conversación entre la empleada y el cliente de la página 18 de la demanda) de que lo peor que le puede pasar a este si los tipos de interés bajan es que evidentemente no se beneficiará, ja que (como se afirma en la parte suprimida del primer video que vuelvo a reproducir parcialmente), “...la cuota nunca será mayor a la que usted haya negociado al principio.”

Si la Caixa efectuaba (o efectúa aún) estas afirmaciones en sus videos publicitarios, podemos suponer que, como mínimo, los directores de las oficinas utilizaban los mismos falsos argumentos cuando ofrecían el IRS a sus clientes.

En definitiva, la publicidad de la Caixa a la época de la suscripción del contrato *swap* litigioso se puede cualificar de engañoso, de acuerdo al art. 4 de la ley general de publicidad (Ley 34/1988) en su entonces vigente redactado, en cuanto intuía o podía inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar su comportamiento económico.

- 2) El sr. ██████████ no era un destinatario idóneo del producto al no ser un experto en productos financieros de tipo especulativo como el *swap*, con los riesgos subyacentes. No tenía el perfil adecuado para el cliente.

El demandante era i es el un técnico informático, sin ninguna relación con el mundo de los productos financieros. El hecho de su supuesta experiencia en el mercado bursátil que destaca la contestación de la demanda se limitaba a dos cortos periodos de los años 2000 y 2005 en que de forma casera invirtió en bolsa - según él con poco éxito, pero este hecho no lo convertía en un cliente adecuado para el *swap*, ya que realmente desconocía el mundo financiero y los riesgos del producto.

- 3) La Caixa tampoco dio al sr. ██████████ suficiente información previa a la suscripción del contrato de permuta financiera para que comprendiera la verdadera naturaleza del producto y los riesgos inherentes.

A quedado acreditado que el producto se lo ofreció el entonces subdirector de la oficina con el que el demandante trabajaba habitualmente, ██████████, quien, en unidad de acto, cumplimentó el mismo en su ordenador el test de Evaluación de la Conveniencia (que es obligatorio efectuar antes de la suscripción de cualquier producto financiero, de acuerdo con el art.73 de Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las otras entidades que presten servicios de inversión), que acto seguido el demandante firmó habiendo leído solo por encima, y que a continuación le presentó el contrato de permuta financiera, con sus anexos, que el demandante también solo pudo leer de forma superficial antes de firmarlo.

Así mismo, no ha quedado acreditado que el sr. ██████████ efectuara ninguna simulación del producto antes de la firma. La contestación a la demanda afirma que esta simulación si se realizó, y la parte ha anexado una copia de una simulación del IRS y la de otro producto denominado "Cobertura Limite" (documentos num 15 y 16 de la parte), pero se trata de documentos que el Sr. ██████████ niega haber recibido, con lo que, como que, de acuerdo con el art. 217 de la LEC, la prueba de la realización de las simulaciones recaía sobre la entidad financiera, se trata de un hecho que no se puede dar por realizado. Al respecto, como dicen reiteradamente las memorias anuales del Banco de España, las entidades financieras tienen de estar en condiciones de acreditar que con anterioridad a la formalización de la operación, han facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas; sino, en caso contrario, se considera que la actuación de la entidad financiera ha sido contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias.

Como tampoco ha quedado acreditado que el subdirector de la oficina ofreciese también al demandante, como alternativa al swap, la suscripción de otro producto financiero llamado CAP, "Limite de tipo de interés" o simplemente LTI ya que el sr. [REDACTED] lo ha negado y, aquí también, la carga de la prueba de este ofrecimiento pesaba sobre la demandada.

Con esta forma de actuar, la Caixa infringió el art.60.1 del texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (RD legislativo 1/2007), en cuanto dispone que, "antes de contratar el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de manera clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características Esenciales del contrato, en particular sobre las condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios que sean objeto."

Así mismo se infringió el RD 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios, que establece ciertas normas de conducta a aquellas que presten servicios de inversión, como el art.60, en cuanto ordena que la información ha de ser exacta, sin destacar los beneficios potenciales del instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de forma imparcial y visible (apartado b del mencionado precepto legal), que la información sea suficiente y que se presente de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o por sus probables destinatarios (apartado c); y que la información no ocultará, encubrirá, o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes (apartado d), el art.62, establece que toda la información relativa a la contratación del producto financiero deberá ser entregada al cliente con suficiente antelación para que pueda decidir su contratación o no; y el art.66, establece que la entidad tendrá que informar a su cliente minorista de absolutamente todos los posibles gastos del producto, incluido cualquier cuestión que "directa o indirectamente repercuta sobre precio a pagar por el instrumento financiero...".

- 4) Las cláusulas del contrato *swap* litigioso mantienen la ilusión de que sólo se trata de un producto "seguro" del cliente contra las subidas del tipo de interés, bien son oscuras, vagas, imprecisas, confusas, complejas, contradictorias, y de difícil comprensión.

Inicialmente, es evidente que se trata de un contrato de adhesión en el que la facultad del cliente queda limitada a firmarlo o no, sin poder introducir ninguna modificación en las cláusulas del contrato, que constituyen verdaderas condiciones generales idénticas en todos ellos.

Como segunda cuestión previa, conviene ya indicar que en el análisis del contrato prescindiré del informe pericial de Deloitte aportado a las actuaciones por la parte demandada, ya que el autor del documento no ha comparecido a la vista a someterse a la inmediatez del Tribunal y a la contradicción de las partes, sin que la parte, a través de la cual el perito quedó citado en la audiencia previa, haya dado en la vista ninguna explicación de la razón de la ausencia.

Aclarados los dos puntos anteriores, pasaremos a examinar el contrato litigioso.

Los apartados I y II de la parte expositiva del contrato mantienen la ficción que el objeto de este es que el cliente o minorista se proteja delante del riesgo de incremento del tipo de interés variable, y solo el apartado III nombra de una manera sutil la posibilidad que en la ejecución del contrato se puedan producir pagos a favor de la Caixa, cuando, después de indicar de que el contrato se derivará un pago a favor del cliente por parte de la Caixa en aquellos periodos de referencia que el tipo financiero supere el tipo fijo, está impreso en el documento,

“y viceversa”. Este “y viceversa” es la única referencia en el encabezado del contrato que indica que el cliente tiene el alto riesgo que le toque acabar pagando a la Caixa.

El contrato se contradice con el test de Evaluación de la conveniencia respecto a la duración y el periodo: el contrato dice que el importe del capital son ████████ € y , según se deduce del calendario mensual de liquidaciones del anexo, su duración es de tres años (del 1 de febrero del 2009 al 1 de Enero del 2012), pero así mismo, el test indica que el capital es de ████████ € i el periodo, 12 meses.

La clausula 7.a), con el título “Reglas generales de los efectos de resolución”, establece que “El cliente no tendrá que satisfacer a la Caixa ninguna comisión ni penalización por razón de la resolución del contrato”. Como indica en su informe el perito de la parte demandante, la anterior clausula induce al error, ya que un cliente minorista (como el sr. ████████████████████) sin experiencia en la tipología del contrato no conocimientos sobre la terminología y las características del producto, puede interpretar que puede cancelar el contrato de manera anticipada sin gasto alguno.

Similar crítica se puede efectuar de la clausula 12, “Declaraciones sobre instrumentos financieros”, donde, entre otras cosas, se indica que el cliente manifiesta ser totalmente consciente del riesgo inherente al contrato, el valor de mercado del cual puede variar rápidamente como consecuencia de variaciones en los tipos de interés u otros parámetros de los mercados financieros, ya que, como también dice el perito sr. ████████████████████ , un cliente minorista como el sr. ████████████████████ (es decir, particular sin conocimientos financieros) puede interpretar que un valor de mercado siempre es positivo o nulo, pero nunca negativo. Además, la referencia de la clausula a “otros parámetros de los mercados financieros” como una de las causas de variación del valor del contrato, es absolutamente vaga e imprecisa, con el resultado que deja la liquidación de estas eventuales variaciones en manos exclusivas de la Caixa.

Por lo que respecta al coste de cancelación anticipado del contrato para el cliente, la clausula 15, “Pacto de liquidez”, menciona que en cualquier momento previo a la última fecha de pago, el cliente podrá solicitar a la Caixa una valoración del contrato, que esta efectuará y después comunicará al cliente, que podrá aceptarla, y en este caso el contrato quedará extinguido, pero no concreta de ninguna manera cuales serán los criterios o normas de esta valoración. A parte de esto, la clausula, establece que la valoración del contrato se podrá efectuar en cualquier momento, es contradictoria respecto al anexo del documento que establece como únicas fechas de revisión los días 1 de enero de cada uno de los tres años de duración del contrato, y, aún más, tampoco fue cumplida por la Caixa, ya que ha quedado probado que cuando poco después de la formalización del contrato (el 2 de setiembre de 2008) el sr. ████████████████████ solicitó al subdirector de la oficina sr. ████████████████████ de resolver el contrato, este le respondió que no lo podía hacer hasta el 1 de Enero del 2009.

Por último, la terminología, los cálculos, las formulas matemáticas, utilizados en los métodos de cálculo indicados de forma subsidiaria por la Caixa en el anexo 2 del contrato, con el título “Calculo del valor del instrumento de cobertura”, para establecer el valor de rescate del contrato en caso de cancelación anticipada del cliente, son totalmente incomprensibles e inabundantes para personas que como el demandante o el que esto suscribe no dominan la jerga financiera y tampoco tienen acceso a los índices y datos económicos a los cuales se remiten estos

métodos de cálculo; con el resultado de que la liquidación del contrato queda totalmente en manos de la Caixa.

De acuerdo con el art.82 del texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (RD legislativo 1/2007), las anteriores cláusulas son abusivas en cuanto son contrarias a las exigencias de la buena fe y causan en perjuicio del consumidor (el cliente minorista) un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

- 5) La conclusión que uno extrae de todo el hecho es que la Caixa no fue honesta con los clientes que como el demandante contrataron el contrato de permuta financiera de intereses el año 2008.

Es evidente que la fijación por parte de la Caixa de un tipo de referencia en el contrato *swap* del 5,767% no fue cosa del azar, sino la consecuencia de un estudio previo del mercado y de unas expectativas sobre el comportamiento previsible del Euribor en base a la información privilegiada de que disponía la demandada, que en ningún momento compartió con el sr. [REDACTED] ni tampoco con los otros clientes que en aquella época suscribieron los contratos de permuta financiera de intereses. En el segundo semestre del año 2008, los servicios financieros de la demandada debían ser conscientes de que en el ámbito territorial de la Unión europea los tipos de interés en general y el Euribor en particular, bajaría a medio o incluso a corto plazo. El gráfico de la evolución del Euribor desde el año 2000 hasta finales del año 2008 es bastante ilustrativo (curiosamente, se trata de un documento llevado a las actuaciones por misma parte demandada, como num.12 de su respuesta). Según este gráfico el Euribor tuvo un pico por encima del 5% a finales del año 2000; después sufrió una caída casi constante hasta un tipo del 2 i pico%, que duró durante los años 2003, 2004 y 2005, y posteriormente una lenta repuntada también constante hasta casi el 6% al que se llegó a finales del 2008. El gráfico es como un valle, con los años 2003,2004 y 2005 en el fondo de ella. A la vista de este gráfico y teniendo en cuenta que desde la introducción del euro en la mayoría de países de la Unión Europea el año 2000, la política monetaria y financiera común la gestiona el Banco Central Europeo, y su principal preocupación ha sido siempre mantener la inflación en el nivel más bajo posible, para lo que ha procurado que el tipo de interés de la zona euro fuese también el más bajo posible; en el segundo semestre del 2008 era evidente que el Euribor había llegado a un pico y que a partir de entonces empezaría a bajar. Las previsiones formuladas en aquella época por diferentes organismos y entidades económicas y financieras (incluida la misma demandada) incluidas en la documentación económica anexada por el perito sr. [REDACTED] en su dictamen, apuntaban todas hacia esta dirección. Lo que ninguna de estas entidades esperaba era la caída del sistema financiero norteamericano a finales del año 2008, lo que provocó una crisis económica en todo el mundo, uno de los efectos negativos de la cual, por lo que aquí nos interesa, fue que lo que hubiera sido una bajada más o menos suave del Euribor se convirtiese en una caída en picado.

Es evidente que la Caixa no ajustó su actuación al art.79 de la Ley de mercado de valores (Ley 24/1988), en cuanto este precepto dispone que las entidades que presten servicios de inversión deberán actuar con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de estos intereses como si fueran propios.

- 6) La parte demandada no ha probado la afirmación que efectúa al hecho 1r.9 de la contestación a la demanda respecto de la falta de conflicto de intereses entre los clientes de los contratos de permuta financiera de intereses y ella misma. La parte

demandada sostiene que la Caixa no se lucra por las pérdidas que el cliente experimente, ya que la entidad financiera obtiene su beneficio del cobro de un diferencial entre las operaciones que cierra con sus clientes y las que formaliza con operaciones con “coberturas espejo” con terceros.

Así mismo, desconozco si esto es realmente así, pero en todo caso se trata de una afirmación que no ha quedado probada, y , en segundo lugar, la defensa numantina de la validez de las pólizas de permuta financiera de intereses que no solo la Caixa, sino otras entidades bancarias y de ahorros españolas están efectuando delante de los tribunales parece indicar todo lo contrario.

- 7) Lo mismo se puede decir de la afirmación del hecho 5º.1 de la contestación a la demanda de que el incremento de los pagos a realizar por el actor ha tenido una mínima repercusión económica para él, de acuerdo a que con los mismos datos aportados por la parte demandada (documentos 31 y 32 de la respuesta) resulta que el sr. ██████████ pasó de pagar en el recibo de la hipoteca de 1 de enero del 2010 ██████████ € (capital +intereses) a pagar el 1 de febrero siguiente, el primer mes en que las liquidaciones del IRS fueron negativas ██████████ €, de los cuales ██████████ € correspondieron a la liquidación negativa de la permuta financiera de intereses.

SEXTO.- La conclusión de todo esto es que cuando el sr. ██████████ al suscribir el 2 de setiembre de 2008 el contrato de permuta financiera de intereses litigioso no era consciente de que firmaba lo que firmaba, de la naturaleza especulativa del producto que le había ofrecido la Caixa ni del riesgo económico que asumía si bajaba el tipo del Euribor (riesgo que se haría realidad un año después de que empezase la ejecución del contrato). En definitiva el demandante firmó engañado. Este engaño le produjo un error sobre las condiciones esenciales del producto financiero que contrataba, que vició su consentimiento. Atendiendo a que el nombrado error es excusable, ya que el demandante no lo podía haber evitado utilizando la diligencia media que la jurisprudencia exige ante estos casos, debido a las circunstancias de toda clase, objetivas y subjetivas, acaecidas tanto en la fase precontractual como en la contractual (que hemos nombrado en el razonamiento de derecho anterior), la consecuencia jurídica es que nos encontramos delante de un vicio del consentimiento que, de acuerdo con el art.1300 CC en relación con el art.1266 del mismo texto legal, ha de determinar la nulidad del contrato con sus anexos y de las liquidaciones practicadas por la caixa en su ejecución.

La consecuencia obligada de la nulidad que se declara es la restitución recíproca de las cosas que hayan sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses (art.1303 CC), de forma que las partes contratantes vuelvan a la situación personal y patrimonial que tenían antes de contratar, lo que significa que la Caixa deberá devolver al sr. ██████████ el saldo a su favor de las liquidaciones negativas mensuales practicadas, en el que se deberá compensar el saldo de aquellas primeras liquidaciones positivas favorables al demandante (este particular no se nombra en la petición de la demanda), con los intereses legales producidos desde la fecha de cada liquidación y, si procede, los posibles intereses por descubierto y comisiones que por impago de las liquidaciones negativas haya podido recibir la demandada.

SEPTIMO.- Atendiendo a la estimación de la demanda por vicio de consentimiento, no es necesario entrar a examinar el segundo motivo de nulidad del contrato, por falta de objeto cierto, invocado de forma subsidiaria en la demanda.

OCTAVO.- Atendiendo a la estimación de la demanda de conformidad con el art.394 LEC corresponde imponer el pago de las costas a la parte vencida, la demandada.

DECISIÓN

Estimando la demanda interpuesta por el sr. [REDACTED] contra CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA): 1er/ declaro la nulidad por vicio del consentimiento del demandante del contrato de permuta financiera de intereses (num. 9853.21.0019349-24) suscrito por las partes el 2 de setiembre de 2008, así como la de todos los documentos anexos y complementarios del contrato suscritos también entre ellos; 2º/ declaro la nulidad de las liquidaciones mensuales practicadas por la Caixa en ejecución del contrato y de las que eventualmente pueda efectuar en el futuro; 3º/ condeno a la Caixa a devolver al sr. [REDACTED] el saldo negativo resultante de las anteriores liquidaciones previa compensación con el saldo de las liquidaciones positivas a favor del demandante, con los intereses legales producidos desde la fecha de cada liquidación; 4º/ si procede, condeno a la Caixa a que reintegre al sr. [REDACTED] los intereses por descubierto y las comisiones que se hayan podido producir por la falta de pago debido a las liquidaciones negativas, a fijar en ejecución de sentencia; y 5º/ impongo a la Caixa el pago de las costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes. Advertirlos de que pueden interponer recurso de apelación, que deberán preparar en este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes al que se notifique esta resolución, previa consignación de 50€ en la cuenta del juzgado.

Aquí mi sentencia. Llevad el original al libro de sentencias y expedid testimonio para incorporarlo a las actuaciones. Lo pronuncio y firmo.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- El magistrado juez ha leído y publicado la sentencia anterior en audiencia pública el día de la fecha. Doy fe.