

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN
Nº 4 DE AMPOSTA**

SENTENCIA N° 89/11

En Amposta, a ocho de Noviembre de Dos mil once

JUEZ: Doña María Lourdes Chasán Alemany

PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario 14/2011

DEMANDANTE: S.L.

Procurador: Anna Sagristà González

Letrado: Oscar Serrano Castells

DEMANDADO: Caixa d'Estalvis del Penedés

Procurador: María José Margalef Valdeperez

Letrado: Juan Ignacio Sanz Caballero

OBJETO DEL JUICIO: nulidad de contrato básico de prestación de servicios de inversión y de contrato de instrumento financiero derivado (collar de tipo de interés)

HECHOS

PRIMERO.- S.L., a través de su representación procesal, presentó demanda de juicio ordinario contra Caixa d'Estalvis del Penedés, que fue admitida a trámite por Decreto de la Secretaría de este Juzgado en fecha dos de febrero de 2011. En la misma se interesaba el dictado de sentencia en la que estimando íntegramente la demanda, se declarara la nulidad del contrato básico de prestación de servicios de inversión

SEGUNDO.- Admitida la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos contestando en tiempo y forma a la demanda, oponiéndose a la misma, solicitando el dictado de sentencia desestimatoria de la pretensión de la actora, imponiendo a la misma las costas causadas.

TERCERO.-Citadas las partes a la Audiencia Previa, comparecieron ambas partes personadas ratificando sus respectivos escritos. Fijados los hechos controvertidos, se admitieron a las partes los siguientes medios de prueba:

A la parte actora: Documental consistente en que se tuviesen por reproducidos los

documentos aportados junto a la demanda, más documental consistente en aportación de folleto publicitario y dos escrituras de préstamo hipotecario, y testifical de Gemma Castellar, comercial de la entidad demandada, así como de del anterior director de la oficina 0287 de Sant Carles de la Ràpita, de la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés, Marcel Salvatella Carceller.

A la parte demandada: Documental consistente en que se tuviesen por reproducidos los documentos aportados junto al escrito de contestación a la demanda, y testifical de _____ y de _____

Citadas las partes a juicio, comparecieron ambas. Practicada la prueba y tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes

La parte actora ejercita acción de nulidad de un contrato básico de prestación de servicios de inversión y de un contrato de instrumento financiero derivado (Collar de tipo de interés), contra la entidad demandada. Se afirma en su escrito de demanda que por parte de la entidad demandada se ofrecieron los productos bancarios cuya nulidad se solicita, a la parte actora, refiriendo que se trata de un seguro ante las subidas de los tipos de interés. Se afirma que los empleados de la entidad demandada no explicaron con la suficiente claridad lo que podía ocurrir si los tipos de interés bajaban, apreciando una clara falta de información sobre los riesgos del producto financiero; además de ello, no se formuló a la parte actora el test de conveniencia o idoneidad exigido por el Real Decreto 217/2008 de 15 de Febrero. Afirma asimismo que existe error en el consentimiento, dado que el demandante desconocía lo que estaba contratando y en base a ello se insta la nulidad de los contratos suscritos.

Por su parte la demandada solicita la desestimación de la demanda y la condena en costas de la parte actora, con base en que las partes ahora demandante y demandada se prometieron en virtud de contrato determinadas prestaciones, constituyendo la promesa de cada una la causa contractual para la otra parte de la relación. La parte actora se protegía a través de los contratos impugnados ante las subidas de los tipos de interés por encima del 5'25% asumiendo ante la demandada la obligación de pago de un tipo de interés del 4'55% si el tipo de interés Euribor bajaba por debajo de dicho nivel. Considera igualmente que no se ha acreditado por la actora, ni la existencia de dolo ni de error que invalide el consentimiento prestado por la misma.

Entiendo necesario hacer una breve referencia al producto financiero ante el que nos encontramos. En la demanda se hace referencia a la firma de un contrato básico de prestación de servicios de inversión y a la de un contrato de instrumento financiero derivado (collar de tipo de interés). Nos encontramos ante la figura de la permuta financiera, dentro de la que se engloban una serie de productos

financieros que dan lugar a flujos de abonos entre los contratantes, en atención a la evolución de un índice de referencia, y ello básicamente con el fin de cubrir el riesgo de variación de dicho índice en relación con otras operaciones de préstamo o crédito. El collar se presenta como una modalidad de las mencionadas permutas financieras; en este caso se parte de un capital pactado, y si el Euribor supera un límite máximo pactado, la entidad bancaria se obliga a pagar la diferencia entre ese límite y el tipo alcanzado, y si se alcanza el límite mínimo pactado, será el cliente el que pagará la diferencia entre el límite mínimo y el tipo vigente en el momento. Dicha diferencia se aplicará sobre el capital pactado, y en los casos en que el índice de referencia se encuentre dentro de los límites mínimo y máximo no se practicará ningún pago, ni del banco al cliente, ni del cliente al banco.

SEGUNDO.- Valoración probatoria.

Una valoración conjunta de la prueba practicada permite tener acreditados los hechos en que la actora fundamenta su reclamación.

Por parte de la actora se afirma que el señor Barreto era administrador de la empresa S.L. y que suscribió en fecha 6 de Junio de 2008 el denominado contrato básico de prestación de servicios de inversión, así como un contrato de cobertura de tipos de interés (collar de tipos de interés), siendo dichos productos financieros ofrecidos por la entidad demandada como un auténtico seguro ante las subidas de los tipos de interés. Se afirma por la actora que los empleados de la sucursal de la entidad demandada explicaron al actor lo que ocurriría si subían los tipos de interés, teniendo contratado el mencionado producto financiero, pero no explicaron claramente lo que ocurriría por contra si los tipos de interés bajaban, los riesgos existentes, ni los enormes gastos que podía suponer para los clientes una bajada de los tipos de interés, sin explicarse cómo cancelar el producto financiero ni los costes derivados de llevar a cabo tal cancelación.

Frente a dicha alegación se pone de manifiesto por Gemma Castella, extrabajadora de la entidad bancaria demandada, que cuando se contrató por la actora el producto financiero, ella era la comercial que contactaba con posibles clientes del producto financiero. Afirma que el día en que acudió al banco el Señor Barreto, ella estaba presente en las explicaciones que sobre el producto financiero se dieron a la parte actora, afirmando que se indicó al demandante que era una cobertura de tipos para evitar los posibles contratiempos que pudiera sufrir el euribor, recordando que se le explicó el contenido del producto con powerpoints y dosieres, ofreciendo diferentes modalidades dentro del mismo tipo de producto. Se refiere por la misma que se le explicaron a la parte actora los problemas que habría si bajaba el tipo de interés, recordando que se le explicaron todos los pormenores.

La testigo reconoce el documento nº 2 de los aportados junto al escrito de contestación a la demanda, como el documento utilizado para explicar al señor Barreto el funcionamiento del producto financiero. En las mencionadas páginas utilizadas para la explicación del collar y demás modalidades, concretamente en la

pàgina 11, se hace referencia a la periodidad de tres años, señalándose un tipo de interés floor (4'55%) y un tipo de interés cap (5'25%). En la pàgina 12 se contiene en la parte superior de la misma un cuadro casi ininteligible en que constan nuevamente los tipos floor y cap, y ejemplos gráficos a través de la mención de diferentes tipos de interés. En la parte inferior de la hoja se aprecia una gráfica de la que se deduce, después de todas las explicaciones oídas en el acto del juicio acreca del collar y demás modalidades, que en los casos en que el tipo de interés baje por debajo del 4'55% el cliente habrá de pagar al banco, sin que se haga referencia a fórmula matemática alguna para el cálculo del importe a abonar, si el tipo de interés se mantiene entre el 4'55 y el 5'25% no habrá liquidación a favor de una u otra parte, y en el caso de que el tipo de interés sea superior al 5'25% el cliente recibirá una cantidad de dinero por parte del banco, sin que nuevamente conste la fórmula para el cálculo de la mencionada cuantía.

A mi juicio la información ofrecida por la demandada a la parte actora a la hora de presentar el producto financiero es insuficiente puesto que no se ilustran con ejemplos gráficos y numéricos las consecuencias positivas para el cliente que tendrán lugar en caso de subida de los tipos de interés, y lo que es más importante, las consecuencias nefastas para el patrimonio de la parte demandante en caso de bajada de los tipos de intereses por debajo del tipo floor.

Los artículos 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores regulan las obligaciones de transparencia e información de las entidades que presten servicios financieros. Concretamente, el artículo 78 bis exige que las empresas de inversión clasifiquen a sus clientes en profesionales o minoristas, de manera que tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Continua el mencionado artículo afirmando que en particular tendrá la consideración de cliente profesional los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

1. que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;
2. que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;
3. que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.

Asimismo tendrán dicha consideración los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas.

La admisión de la solicitud y renuncia quedará condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y

conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos. Al llevar a cabo la citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos:

1. que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;
2. que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros;
3. que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales.

Por su parte el artículo 79 dispone que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Y el artículo 79 bis dispone que las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañoso. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

La misma versión que mantiene la testigo Gema Castellà mantiene también el testigo Marcel Salvatella Carcelle, quien afirma que textualmente que se contactó

con el demandante para ofrecerle la cobertura de los tipos de interés, reconociendo que éste estaba interesado en un seguro de vida, pero que se le ofreció la cobertura de los tipos de interés; por el testigo se reconoce que el demandante tenía una cultura financiera media, y que desde el punto de vista financiero el demandante no tenía perfil ni conservador ni especulativo, siendo simplemente una persona que trataba de vigilar y cuidar su patrimonio. Reconoce que no se le practicó el test de idoneidad puesto que no lo tenían preparado, y ello a pesar de que es exigido por los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de Febrero, con el objeto de poder evaluar los conocimientos financieros del cliente, y catalogarlo entre minorista o profesional, afirmando no obstante que el demandante tenía el perfil adecuado para la contratación del producto. En el documento nº 1, contrato básico de prestación de servicios de inversión, Caixa Penedés se compromete a cumplir con las siguientes obligaciones: "Conveniència.- obtener previamen t a la contractació del servei, i per aquells serveis d'inversió diferents dels assessoraments i gestió de carteres, informació sobre els seus coneixements i experiència en l'àmbit d'inversió corresponent al tipus concret de producte o servei ofertat o sol·licitat, de manera que Caixa Penedés pugui avaluar si el servei o el producte d'inversió previst és l'adequat pel client". Dicha obligación ha de considerarse transgredida por la demandada, quien no realiza el test de idoneidad del demandante respecto al producto contratado, desconociéndose por tanto si el mismo posee conocimientos suficientes para la total comprensión del producto en todos sus sentidos, sin haberse tampoco determinado la adecuación del producto al perfil empresarial o financiero de la parte actora.

Por otra parte, en el documento nº 2, contrato de cobertura de tipos de interés, se hace referencia a los importes a liquidar en cada fecha de liquidación, conteniéndose en la página 4 del mencionado contrato una serie de ejemplos numéricos, así "Escenari 1. Si el tipus variable en la data d'observació es 4'50%, el titular abonarà a Caixa Penedés en la data de liquidació: (4'55%-4'50%)*(365/360)*730.000: 370'07 euros".

Considero que dicha exemplificación numérica no es clara y fácilmente comprensible, sin que ni siquiera estén claros los términos de la fórmula.

Además, resulta ciertamente oscura asimismo la cláusula de cancelación anticipada "si durant la vigència de l'instrument financer de cobertura, el titular decidís cancel.lar el contracte, podrà fer-ho exclusivament per la seu totalitat i notificant-ho de forma irrevocable e incondicional a Caixa Penedés amb una antelació de dos dies hàbils. En aquest cas, Caixa Penedés valorarà l'instrument financer de cobertura a preu de mercat i determinarà l'import a liquidar entre les parts. S'adverteix que el valor de cancel.lació anticipada del present instrument financer estarà determinat per les condicions de mercat en aquest moment, la qual cosa podrà suposar en el seu cas, que el titular suporti el cost corresponent".

Entiendo que a través de dicha cláusula el banco demandado incumple las obligaciones asumidas en el documento nº 1 antes referido, en cuyo apartado

“información general”, el banco se compromete a que “toda la información dirigida al cliente... será imparcial, clara y no engañosa”, no pudiendo considerarse como clara y no engañosa dicha cláusula de cancelación anticipada, en la que ni siquiera se incluye un ejemplo gráfico o numérico del tipo de cálculos a realizar en caso de cancelación anticipada del contrato de cobertura de tipos de interés. Es posteriormente a una primera liquidación de carácter positivo, por la que la demandada abona a la parte actora la suma de 1.295'24 euros, cuando ante una liquidación negativa, que implica el pago al banco por la parte demandante de 21.345'61 euros, se trata por el demandante de cancelar el contrato de cobertura de tipos de interés, requiriéndose por el banco el pago de 50.000 euros por parte del cliente a fin de cancelar el collar.

Igualmente, llaman la atención las significativas diferencias existentes entre la primera liquidación, favorable al demandante y la segunda, de carácter negativo para el mismo y favorable al banco demandado.

Por último, se hace referencia por la parte demandante a la existencia de error en el consentimiento, como causa para solicitar la nulidad de los contratos suscritos con la entidad demandada. Se entiende por la actora que el error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado. Como ya se ha afirmado anteriormente, no se proporcionó a la actora la documentación o explicaciones necesarias para la comprensión del producto, antes de la contratación del mismo e igualmente no se practicó el exigido test de idoneidad.

Respecto al error, el artículo 1266 del Código Civil dispone que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. La Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de Febrero de 2005 dispone que “ha de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que el error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente”.

En relación con la esencia o sustancia del contrato, ha quedado claro en el acto del juicio cual es su funcionamiento o finalidad, debiendo en este punto comparar las explicaciones conferidas en el acto del juicio con las explicaciones que se dieron al Señor Barreto en el momento de la contratación del producto. En el acto del juicio no ha sido posible oírle, por lo que únicamente se pueden tener en cuenta las testificiales vertidas en el acto del juicio, dudándose de la imparcialidad de todas ellas, dada la condición de todos los testigos de trabajadores o ex trabajadores de la entidad demandada, que de una u otra manera intervinieron en

la contratación del producto. Por parte de Gema Castella, ex trabajadora de la demandada se afirma que el demandante tenía varias operaciones de crédito hipotecario con la entidad demandada, y que disponían de un programa informático que depuraba a los clientes posibles adquirentes del producto financiero en cuestión, afirmando que con power points y folletos se explicó al señor demandante las diferentes modalidades que existían dentro del mismo tipo de producto, afirmando recordar perfectamente que se le explicó los problemas que habría si bajaba el tipo de interés. Por su parte el testigo Marcel

afirma que se contactó con el demandante para ofrecerle un producto que cubriera las variaciones en los tipos de interés, manifestando el demandante interés por contratar un seguro de vida, seguro que no llegó a contratarse "porque eran dos cosas diferentes". Según el testigo, el demandante tenía una cultura financiera media, aunque reconoce que desde el punto de vista financiero, el demandante no tenía ni un perfil conservador ni especulativo, sino que era una persona que vigilaba y cuidaba sus intereses. Coincide con la anterior testigo en cuanto a que se le explicó que si bajaban los tipos de interés pagaría una liquidación al banco. Por último el testigo afirma que el Señor Barreto es una persona profesional, entendida en la materia, y que el cliente sabía cual era la naturaleza del producto financiero que adquiría.

A pesar de lo manifestado por los testigos, a mi juicio no se incidió suficientemente por la entidad demandada en los pormenores del producto financiero, y sobre todo en lo que ocurriría si el tipo de interés descendía por debajo del tipo floor. Además, el hecho de que la duración del collar no sea la misma que la del resto de operaciones hipotecarias de que es titular el demandante, sino que tiene una duración independiente, y el hecho de que el volumen de la operación sea similar al volumen total de deuda hipotecaria, neutralizan el carácter de contrato para asegurar las variaciones en el tipo de interés, y lo convierten en un producto puramente especulativo. A lo dicho ha de unirse todo lo referido anteriormente en este Fundamento de derecho en cuanto a la falta de claridad de los folletos explicativos, así como a la dificultad para entender las fórmulas matemáticas contenidas en el propio contrato.

Respecto a si el error es excusable, es preciso subrayar que nos encontramos ante un tipo de contrato especial, para cuya comprensión no es suficiente con referirse a diligencia media, puesto que una persona con conocimientos medios, difícilmente podrá comprender las características de ese tipo de contrato, siendo exigible un plus de claridad, de información, de detalles a la hora de explicar el producto al posible adquirente del mismo. Por ello, la forma en que se informó al cliente de los pormenores del producto, la falta de claridad de los power points, de las fórmulas matemáticas empleadas en el contrato para crear diferentes escenarios, determinan que el error pueda considerarse como excusable y no imputable al demandante.

TERCERO.- Consecuencia Jurídica.

Tras apreciar el error, la consecuencia jurídica del mismo será la nulidad del contrato. El error afecta tanto al contrato básico de prestación de servicios de

inversión como al contrato de cobertura de tipos de interés, por lo que ha de declararse la nulidad de ambos contratos, con restitución de las prestaciones percibidas por cada una de las partes contratantes, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil. Se trata de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 2005). Por ello, a cada prestación deberá añadirse el interés desde la fecha de cada cobro o pago (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 27 de Marzo de 2009).

En aplicación de lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la carga de la prueba y de los artículos 1088 y siguientes del Código Civil sobre las obligaciones, en especial 1101 y siguientes, 1254 y siguientes y 1300 y siguientes del Código Civil sobre los contratos y artículos 1902 y siguientes del mismo Texto legal, considero que procede estimar íntegramente la demanda y condenar al demandado según el pedimento obrado.

CUARTO.-Costas

De acuerdo con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones...”. Es por ello por lo que estimando íntegramente la demanda procede hacer expresa imposición de las costas a la parte demandada.

FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda presentada la Procuradora de los Tribunales Anna Sagristà González, en nombre y representación de S.L. contra Caixa d'Estalvis del Penedés.

DECLARO LA NULIDAD del contrato básico de prestación de servicios de inversión y del contrato de cobertura de tipos de interés, ambos de fecha 6 de Junio de 2008. Como consecuencia de la declarada nulidad, las partes estarán obligadas a restituirse recíprocamente las cantidades percibidas, con los intereses legales correspondientes computados desde que se hizo efectivo el pago o cobro.

CONDENO a Caixa d'Estalvis del Penedés al pago de las **costas procesales**.

Comuníquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días, ante este Juzgado, que deberá sustanciarse y resolverse por la Audiencia Provincial de Tarragona, conforme a lo dispuesto en los artículos 455 y siguientes de Ley de Enjuiciamiento Civil. Será necesario para la admisión a trámite del recurso acreditar, con el escrito de interposición del mismo, la constitución previa del depósito de 50 euros, en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en Banesto para este Juzgado con el número 5062 0000 04, más el número de procedimiento y año, que se devolverá si se estima total o parcialmente el recurso, y se perderá si se admite o confirma la resolución (Disposición Adicional 15^a de la LO 1/2009).

Así lo pronuncio, mando y firmo.