

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4

VALENCIA

Procedimiento: Asunto Civil 000585/2015

S E N T E N C I A Nº 254

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARIA JOSE PEIRO ASPURZ, en comisión de servicio para refuerzo de los Juzgados de Primera Instancia de Valencia

Lugar: VALENCIA

Fecha: veinte de octubre de dos mil quince

PARTE DEMANDANTE: CLIENTE

Abogado: PRIETO CLAR, BENJAMÍN JOSÉ

Procurador: OLIVER FERRER, LAURA

PARTE DEMANDADA: CAIXABANK, S.A.

Abogado: MONTES JIMÉNEZ, MARTA

Procurador: SANCHIS MENDOZA, MARGARITA

OBJETO DEL JUICIO: Resto de Ordinarios

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales. Dña. Laura Oliver Ferrer, en nombre y representación de CLIENTE presentó en fecha 17/04/2015 demanda de juicio ordinario contra la mercantil CAIXABANK, S.A, dictándose decreto de fecha 4/05/2015 por el que se tenía por interpuesta la demanda y se emplazaba al demandado para que la contestase en 20 días, lo que hizo, para oponerse, el 24/06/2015, dictándose el día 26/06/2015 decreto en el que se convocabía a las partes para la celebración de la Audiencia Previa.

SEGUNDO.- A la citada Audiencia, que tuvo lugar el día 13/07/2015 comparecieron las partes, interesando la actora, como medios de prueba, documental y testifical, mientras que la demandada interesó el interrogatorio de parte, testifical, testifical pericial y documental, quedando fijado el día 14/10/2015 como fecha para la celebración del juicio.

TERCERO.- Dicho día tuvo lugar el juicio y las partes, tras la práctica de la prueba, formularon las conclusiones que tuvieron por convenientes con el contenido que es de ver en el soporte audiovisual, quedando las actuaciones conclusas para sentencia.

CUARTO.- En la sustanciación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora, basándose en los preceptos del Código Civil reguladores de la nulidad y de la prestación del consentimiento contractual, así como en la normativa sectorial (Ley del Mercado de Valores y Ley de protección a los consumidores y usuarios), y jurisprudencia que desarrolla unos y otros, interesa se dicte una sentencia en la que se declare la nulidad (o en su caso nulidad parcial o anulabilidad) de los contratos de permuta financiera de intereses (SWAP) acompañado como documento número 3 de la demanda, con la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y devolución de las mismas a la parte actora (con compensación de las positivas), a lo que habrá de añadirse los intereses legales correspondientes y con expresa condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- No existe duda entre las partes en cuanto al contrato cuya nulidad se interesa: un contrato de permuta financiera de intereses, permuta de cuotas de tipo de interés o swap de tipo de intereses. Contrato este que carece de regulación específica en nuestro ordenamiento, siendo, por tanto, atípico, pero que tiene cabida al amparo del Art. 1.255 del C.c. cuando consagra el principio de la autonomía de la voluntad, y que viene definido por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en su Sentencia de fecha 6 de octubre de 2.010 (a la que se remiten otras muchas de dicha Sección), dictada en el Rollo 366/10, siendo Ponente D. Gonzalo Caruana Font de Mora, como “un instrumento financiero concertado con la finalidad de protegerse el cliente de las subidas que puede acarrear los tipos de interés de aplicación a sus operaciones de pasivo y por tanto se trata de un mecanismo para estabilizar en la medida de lo posible sus costes financieros; intercambiándose con la entidad financiera cuotas de tipo de interés referencial a aplicar sobre un importe no real, por eso llamado nocional, de tal forma que en caso de subida del tipo referencial y por ende de incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente (con igual o diversa entidad con la que suscribe el mentado contrato) viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera y caso de bajada de tal tipo de interés (por ende, menor coste financiero en operaciones de pasivo) el cliente debe abonar aquello que no ha devengado en su coste financiero a la entidad con la que contrata el mentado negocio, de tal forma que finalmente por tal vía puede el cliente hacerse una previsión de estabilidad de sus costes financieros. Ciertamente no es necesario que tal contrato esté vinculado a una determinada operación de pasivo, siendo autónomo e independiente de éstas y puede ser concertado en referencia bien al global del pasivo o bien con referencia a una o varias operaciones de tal naturaleza. Es un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte en cuanto según los tipos referenciales pactados aplicados sobre el importe nocional determinará que la liquidación produzca un saldo negativo (cargo para el cliente) o positivo (abono para el cliente) y con un aspecto aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo del interés, al enfrentarse un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Esta operación si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del artículo 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (artículo 1 Ley Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros”. Contrato este que, abundando en la anterior definición, tiene las siguientes características, tal como recoge la ilustrativa Sentencia nº 74/2010, de 26 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Vigo, dictada en su procedimiento 841/2009 (AC 2010/470), con cita de la Sentencia dictada el 1 de enero de 1991 por el

Juzgado de Primera Instancia num. 7 de Madrid, en relación con la reclamación del saldo líquido de dos contratos swap de tipos de interés: "A) Es un contrato único. No son varios contratos ligados entre sí, sino un solo contrato que genera diversas relaciones obligatorias; B) Es un contrato atípico, no regulado como tal en nuestro Derecho, aunque se haga mención al mismo en la legislación que más arriba se ha indicado. C) Es un contrato consensual, que se perfecciona por mero acuerdo de voluntades, no precisando forma escrita, aunque a efectos, de su reclamación por vía judicial puede resultar más ventajosa, esta última si se incorpora además a un documento público; D) Es un contrato bilateral, generador de reciprocas obligaciones a cargo de las dos partes; E) Es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca o más bien, una interdependencia entre las prestaciones de las dos partes de modo que cada prestación actúa como contravalor de la otra, resultando de aplicación la "exceptio non adimpieri contractus"; F) Es un contrato de duración continuada que no se agota en la realización de una sola prestación, sino que abarca sucesivas prestaciones que se van materializando a través del tiempo de vigencia del contrato; G) Es un contrato en el que se intercambian obligaciones legales suscritas. Es decir se permutan los medios de pago y no los pagos en sí; H) Es un contrato en que las partes actúan en posición de igualdad estableciéndose un auténtico equilibrio de las prestaciones por lo que no serán aplicables en este caso las normas que establecen una especial protección para la parte más débil de la relación contractual. Además y en particular el Swap de tipos de interés tiene un innegable carácter aleatorio, que la mencionada sentencia llega a calificar incluso como especulativo cuando establece el pago diferencial entre los intereses intercambiados. Y aunque podrían entrar en juego las normas relativas a la apuesta (Art. 1.799 del Código Civil), la cuestión puede considerarse salvada teniendo en cuenta que la finalidad esencial de la permuta financiera no es la especulación sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones de los mercados financieros", añadiendo que "Dicho, lo anterior, resulta necesario determinar el funcionamiento del swap de tipos de interés como el que aquí nos ocupa. En términos, generales puede afirmarse que las dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos".

Igualmente, dicha Sentencia, y abundando en el funcionamiento del SWAP, cita la Sentencia de 19/11/2008 (JUR 2009/184951) del Juzgado de lo mercantil nº 2 de Barcelona que establece que "en esta modalidad de swaps, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nocional), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBÓR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupen swaps"). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación", acabando de perfilar su mecanismo con una cita de la Sentencia del Juzgado de lo mercantil nº 4 de Barcelona de 20/09/09 (sic) que establece que "Desde este punto de vista, el swap es un contrato que modifica el pacto de intereses de un préstamo, mediante una apuesta o, si queremos una previsión, relacionada con la oscilación anual de los tipos de interés, de tal manera que si el prestatario gana, el banco tiene que devolver parte de los intereses recibidos por ese préstamo, si es el banco quien gana el prestatario ha de pagar un interés superior al que estaba pactado en el préstamo".

TERCERO.- Una vez es conocida la naturaleza, características y funcionamiento del SWAP, lo cual es básico para conocer la esencia del contrato sobre el que la parte actora alega error en la prestación del consentimiento, se hace preciso identificar cual es la normativa aplicable puesto que de este modo se perfilarán las obligaciones y derechos de una y otra parte. Así, y sobre este particular, y, por todas, la Sentencia nº 25/2010, de 27 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5^a, en su Recurso de Apelación nº 508/2009 (AC 2010/6), establece que "Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolífico del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el Art.79 de la L.M.V ., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (Art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (Art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (Art.5.3). Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007, de 19 de Diciembre, por la que se modifica la Ley del mercado de valores, continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (Art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el Art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (Art.79, bis nº 3, 4 y 7). Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros)", añadiendo que "Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (Art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79

bis de la L.M.V.”, concluyendo diciendo que “...la relacionada normativa del Mercado de Valores se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido STS 20-1-2003 (RJ 2003/350)”.

CUARTO.- Definida la naturaleza y características del contrato cuya nulidad se pretende, y conocida por aproximación cual es la normativa aplicable, procede entrar en el fondo de la pretensión, alegando la actora la existencia de nulidad en los contratos firmados puesto que considera que concurren determinadas causas para ello, a saber: 1) que el consentimiento del Legal Representante del CLIENTE está viciado por mediar error en su prestación 2) por contener el contrato cláusulas abusivas, 3) por haber realizado la demandada una información engañosa, 4) por dolo omisivo por haber ocultado la demandada información de forma intencionada, 5) por existir desequilibrio financiero entre las partes, 6) por aceptación de hechos ficticios, 7) por ser un contrato sin causa y 8) por ser un contrato en el que el plazo es esencial.

Con carácter previo a un pronunciamiento sobre la existencia de causas determinantes de la nulidad de los contratos suscritos, **la demandada sostiene que la acción de nulidad entablada se encuentra caducada** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.301 del CC, según el cual, la acción sólo durará cuatro años desde la consumación del contrato.

Así, CAIXABANK, S.A. afirma que tal y como tiene recientemente declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 12/01/2015 (que aporta como documento número 2 de la contestación a la demanda) se debe entender consumado el contrato desde el evento que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto. Y afirma la sorpresa de la entidad demandada al recibir la demanda cuando el contrato ha sido suscrito hace más de siete años y nunca antes se había denunciado su supuesta nulidad, máxime cuando el CLIENTE llevaba años soportando las liquidaciones negativas del swap, llegando incluso a formalizar un préstamo con el que afrontar el pago de éstas, habiendo dejado de surtir efectos el contrato en fecha 3/10/2013. La parte actora se opone a esta excepción, aduciendo que el *dies a quo* no es el de la perfección del contrato, sino el de su consumación, tal y como recoge la sentencia del TS alegada por la propia demandada y siendo el swap un contrato de trato sucesivo dicho día inicial comienza cuando termina el contrato swap, en este caso, el 03/10/2013, por lo que la acción no está caducada. Considera además que no es de aplicación la teoría de los actos propios de manera que la consecuencia de haber soportado durante años las liquidaciones negativas no conlleva que deba pechar con las consecuencias, dado que dichos pagos no son actos determinantes, lo que se desprende del contenido de las actas de la asamblea y del Consejo rector que han sido aportadas.

Es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo, citada por ambas partes, de fecha 12/01/2015 destaca a modo de conclusión que *“en definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitirla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de*

beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

Sin embargo, tal aseveración debe ponerse en relación con lo recogido en el mismo fundamento jurídico, que afirma que "No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó (sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983.Y respecto de los contratos de trato sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :Así en supuestos concretos de contratos de trato sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" . "El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico. La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad."

Es decir, para fijar el día inicial del cómputo, debe partirse, en todo caso, de la consumación del contrato, y, además, tratándose de productos bancarios complejos, es preciso, además que se haya producido un acto determinante del conocimiento de la causa de vicio del consentimiento. En tal sentido es interpretada tal doctrina por la Sentencia de la sección 7 de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 29/04/2015, tras la cita de la mencionada sentencia del TS. En el presente caso, por tanto, no se aprecia la caducidad alegada por cuanto en el contrato que nos ocupa en el folio 19 del contrato marco de operaciones financieras de fecha 3/10/2008 aportado como documento 2 de la demanda, consta que " es voluntad de las Partes mantener una relación negocial, que se materializará en la realización de determinadas operaciones financieras , que se desea constituyan una relación negocial única que contempla como un conjunto las distintas operaciones financieras realizadas " en el que se detallan las obligaciones de ambas partes y en sus anexos se especifican los diferentes conceptos y definiciones que contiene. Respecto a su duración se establecía en la estipulación 21.2 que "el presente contrato estará en vigor y surtirá plenos efectos hasta que cualquiera de las partes notifique a la otra su deseo de darlo por terminado , con una antelación de, al menos, treinta días naturales a la fecha de terminación señalada por la parte notificante" y en el

contrato de confirmación de contrato de permutas financieras de tipos de intereses, aportado como documento 3 de la demanda, consta como fecha de vencimiento del contrato el 03/10/2013. No constando la notificación de vencimiento anticipado con anterioridad a la fecha de vencimiento y siendo ésta el 03/10/2013 y la fecha de interposición de la demanda el 17/04/2015 no cabe apreciar la excepción de caducidad opuesta por la entidad demandada.

QUINTO.- Entrando ya en la primera de las causas de nulidad alegadas, esto es, la nulidad por vicio en el consentimiento por error de la legal representante del COLEGIO LARRODE, COOP. V a la hora de suscribir el producto que nos ocupa, motivo 1 de la petición de nulidad, a su mismo tratamiento debe reconducirse las causas numeradas como 3 y 4, puesto que la supuesta información engañosa y el dolo omisivo por haber ocultado información de forma intencionada redundan en la ausencia de prestación de un consentimiento válido y eficaz. El artículo 1.261 del C.c dispone que “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes...”, precisando el Art. 1.265 del mismo texto legal que “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia intimidación o dolo”, y cerrando la regulación del error el Art. 1.266 que establece 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”. Por su lado, establece el T.S., en su Sentencia nº 829/2.006, de 17 de julio, RJ 2.006/6379, los requisitos para apreciar la concurrencia del error invalidante del consentimiento cuando afirma que “Ante todo hay que decir que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002 (RJ 2002/7145), 24 de enero de 2003 (RJ 2003/ 1995) y 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004/ 6900); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente”.

En el mismo sentido, la Sentencia nº 358/2009, de 10 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9^a), en su Recurso de Apelación 564/2008 (AC 2009/1852), tratando también de un supuesto de SWAP, y tras recoger la reproducida doctrina del Supremo acerca del error, añade, con cita de otras Sentencias del Supremo que “la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración. Finalmente, ha de señalarse que, como establece la Sentencia de 30 mayo 1991 (RJ 1991/3948) , la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio; apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (Sentencias de 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968 (RJ 1968/3733)), antecedidas y seguidas por otras en el mismo sentido); ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él”.

Para la solución de dicha pretensión, la Sentencia nº 70/2012, de 23 de febrero, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia en su Rollo nº 818/2011, siendo Ponente Dña Purificación Martorell, recordando la Sentencia de 15 de septiembre de 2011 de dicha Sección (Rollo 489/2011) en la que se citan las Sentencias de 6 de octubre de 2010, 29 de marzo, 5 de abril y 12 de julio de 2011, dice que “*teniendo presente – como declaran las sentencias citadas – que el producto enjuiciado no es sencillo y que implica – conforme a la normativa vigente al tiempo de su contratación – el cumplimiento por la entidad financiera de una serie de obligaciones en materia de transparencia y diligencia, que de no cumplirse pueden producir un consentimiento no informado y viciado por error, se hace necesario abordar cada caso concreto desde la particularidad de la relación contractual que se enjuicia y sus circunstancias concurrentes, a los efectos de determinar en cada situación examinada sus efectos jurídicos. Y ello es consecuencia de que no todos los procesos de contratación originen de un ulterior litigio responden a unos mismos condicionantes determinantes de una solución única y general, dado que será procedente examinar en cada caso la fecha en que tuvo lugar la celebración del contrato (para determinar la normativa aplicable), los caracteres o perfil del inversor, la información ofrecida y los términos en que se plasma la relación contractual, con el fin de valorar si medió o no vicio de consentimiento determinante de la nulidad que se pretende en este tipo de procesos*”

Por tanto, debiendo estar al caso concreto, debe partirse de que, según la demanda, la sociedad cooperativa CLIENTE tiene como única actividad la enseñanza, que desarrolla en el centro educativo del mismo nombre, siendo en la actualidad presidenta del Consejo Rector, siéndolo en el año 2008 Dña. María ambas profesoras, con nulos conocimientos en materia de productos bancarios y sin conocimiento alguno sobre SWAPs. Que a mediados de 2008 la actora pidió financiación a la entidad demandada Banco de Valencia, oficina sita en Catarroja (Valencia), con la que trabajaba desde hacía muchos años atrás, para la construcción de un centro escolar. Que el director de la entidad bancaria, D. Rafael comentó que era muy conveniente firmar un seguro que cubriría las subidas de tipos de interés. Que sin ningún tipo de explicación más que se trataba de un seguro de tipos para protegerse de las subidas que se esperaban del Euribor, en fecha 3/10/2008 se firmó entre las partes en el comedor del colegio un contrato marco COMF que la parte acompaña como documento numero 2 junto con el documento de confirmación de Swap que acompaña como documento número 3. Que en dicho momento todavía no se había firmado siquiera el préstamo entre las partes, el cual se firmó más de cuatro meses más tarde, en concreto, en fecha 19/02/2009. Que no se le efectuó a la parte actora test alguno sobre su perfil inversor. Que el contrato venía rellenado y preparado el día de la firma por el director de la sucursal. Que el contrato adolece de la claridad expositiva requerida por la LMV.

La parte demandada opone que todos y cada uno de los miembros del colegio y, por ende, de la cooperativa, son personas con conocimientos superiores y además, en las fechas en que se firmó el swap, estuvieron asesorados por sus propios abogados. Que la firma del swap nunca fue una imposición de la entidad bancaria, sino que fueron los propios cooperativistas del colegio los que expresamente solicitaron a la entidad firmar un swap con el que determinar el tipo a pagar por su financiación y conseguir así estabilizar sus costes financieros, dado que es estaba formalizando la financiación de la construcción de un nuevo colegio por más de 4,5 millones de euros, tratándose de un préstamo sometido al tipo de interés variable, de manera que con la contratación de la permuta, el colegio LARRODE lo que pretendió fue eliminar la incertidumbre de un tipo variable por otro fijo. Que además del nivel de endeudamiento se tuvieron en cuenta cuáles eran las previsiones que sobre el Euribor se manejaban tanto por el Banco Central Europeo como

por el resto de analistas financieros, dado que desde octubre de 2005 todos los operadores del mercado previeron la subida del índice que efectivamente se produjo hasta comienzos de 2009. Que el Banco de Valencia no podía ocultar a la actora que los tipos de interés iban a descender porque nadie tenía tales previsiones. Que las negociaciones no se realizaron de un día para otro, siendo evidente que una operación de tal calado e importancia se alarga en el tiempo, habiéndose estudiado la operación desde inicios de 2008.

En primer lugar, es un hecho no controvertido, en cuanto admitido por la entidad demandada, que ésta no realizó ni el test de conveniencia ni el test de idoneidad a la representante legal de la mercantil demandante, por lo que no cumplió con su deber de información. Como declaró la sentencia nº 387/2.014 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2.014, no puede aceptarse la suficiencia del contenido del contrato para excluir el deber de información precontractual que pesa sobre la entidad bancaria consistente en la realización del test de idoneidad. La entidad demandada debió haber prestado una información comprensible y adecuada al producto financiero contratado, realizando una simulación del cálculo de las liquidaciones negativas en caso de una bajada de los tipos de interés, para determinar si la actora era capaz de comprender los riesgos que implicaba dicho producto. La STS 354/2014 declaró que “la omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo...”.

A este respecto, si bien el incumplimiento de requisitos legales obligatorios en el momento de la contratación, cual es el test de conveniencia no comporta, por sí, la nulidad del contrato, tal y como recoge la sentencia de la sección 9^a de la Audiencia Provincial de Valencia, “es en este punto donde debemos incidir en la importancia de las condiciones subjetivas del contratante”. Sobre este particular debe partirse que la parte actora no es una sociedad mercantil, sino una sociedad cooperativa dedicada a la enseñanza. Tal y como se recoge en la demanda, su única actividad es la enseñanza, siendo los profesores del colegio cooperativistas de la sociedad. Si bien la parte demandada afirma que del documento 7 de la contestación a la demanda resulta que en el año 2008 el colegio contaba con un activo de 835.000 euros, con unos fondos propios de 700.000 euros y una cifra de negocios de 1.366.650 euros, lo que, afirma, demuestra el volumen que sus legales representantes eran capaces de gestionar y su experiencia en negociación bancaria, lo cierto es que del objeto social no resulta la realización de actividades en el ámbito financiero. E, igualmente, debe tenerse en cuenta que el elevado importe nominal a que ascendía el préstamo (más de 4,5 millones de euros) no comporta un elevado volumen de operaciones financieras, sino que su finalidad era la construcción de un nuevo colegio para el desarrollo de la actividad. Asimismo, se cuestiona por la parte demandada la afirmación de la falta de comprensión de la naturaleza y características del producto por el perfil de la legal representante de la sociedad cooperativa en el momento de la celebración del contrato, en el momento actual y de los cooperativistas en general. Es cierto que todos ellos, o, la mayor parte de los mismos, poseen estudios superiores (la actual presidenta del Consejo Rector, Dña. Esther Gil, es licenciada en ciencias exactas y la que fue presidenta en el momento de la firma, Dña. Amparo Miralles, es licenciada en económicas). Ahora bien, no puede presumirse, por el hecho de que la representante legal de la entidad actora en el momento de la contratación sea licenciada en ciencias económicas o que el resto de cooperativistas sean profesores, que la actora tuviera conocimientos suficientes del funcionamiento del swap que contrató, al tratarse éste de un producto financiero complejo, que en la fecha que fue contratado muy pocas personas

conocían su funcionamiento y los riesgos que conllevaba, por lo que sólo las personas con un perfil inversor podrían conocer las características de dicho producto (en este sentido se pronuncia la sentencia de la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Castellón de 04/12/2014). Ya se ha indicado que no consta que la cooperativa o su legal representante tuvieran un perfil inversor. Así de la prueba documental practicada, consistente en oficio a Banco Sabadell de todas las operaciones de activo y pasivo del colegio tienen o han tenido con dicha entidad, en calidad de titular, autorizado o fiador, de la respuesta de dicha entidad bancaria de fecha 27/07/2015, resulta que el colegio

no figura como cliente de dicha entidad. No se ha aportado ni por la actora, ni por la demandada, documento alguno del que resulte que el colegio tuviera contratado otros productos financieros complejos de los que se pudiera inferir el conocimiento por parte de su legal representante de las características y riesgos del producto en cuestión.

Se afirma también por la entidad demandada en orden a justificar que la entidad actora tuvo conocimiento de las características del producto, que el colegio estuvo asesorado por sus propios abogados en las fechas en que se firmó el swap, lo que se desprende del Acta de la Asamblea del Colegio de fecha 2/06/2008 que se ha aportado como documento número 6 de la demanda, la cual trascibe en la contestación a la demanda y que, en el orden del día contiene la mención "información de los Abogados de la cooperativa". Ahora bien, no es sólo que del interrogatorio de parte y de la declaración testifical de los cooperativistas que depusieron en el acto del juicio resulte que el colegio no tenía contratados a estos efectos ningún abogado en dicha época, ni tuviera departamento financiero-contable, sino que de la declaración testifical de los empleados de la entidad bancaria resulta que la negociación se produjo directamente con los corporativistas sin que interviniere ningún abogado o asesor. Solamente D. Andrés

quién fue director de la oficina de Catarroja desde el 7/10/2013 afirmó que también acudió a alguna reunión un tal Vicente, que era el gestor. Asimismo, del documento 8 de la contestación a la demanda resulta un pago de 3.326 euros a Asesoría si bien se trata de pagos entre abril de 2014 y abril de 2015. Por tanto, ni la testifical del Sr. ni dicho documento acreditan que al tiempo del contrato de

autos (octubre de 2008) el colegio tuviera contratados los servicios de ninguna asesoría para la contratación del préstamo o el swap. Afirman los cooperativistas que los únicos abogados que había, y a los que se refería el acta, eran unos abogados de la federación de cooperativas de enseñanza a la que pertenecen, y que su asesoramiento se refirió a las gestiones con el Ayuntamiento en materia de concesión del solar y a las gestiones con la Consellería por la actividad. Esta afirmación de parte vino acreditada a través de la declaración testifical de D. Rafael

quién fue director de la oficina de Catarroja hasta julio de 2008, el cual, a preguntas de la Letrada de la parte demandada afirmó que el colegio tenía abogados porque tenía que negociar con el Ayuntamiento el tema de la concesión del suelo y con Consellería la ampliación del colegio.

Por otro lado, debe examinarse la información que sobre el producto proporcionó la entidad demanda al con carácter previo a la celebración del contrato. Se afirma por la parte demandada, que el director de la entidad bancaria, D. Rafael comentó que era muy conveniente firmar un seguro que cubriría las subidas de tipos de interés. Que sin ningún tipo de explicación más que se trataba de un seguro de tipos para protegerse de las subidas que se esperaban del Euribor, en fecha 3/10/2008 se firmó entre las partes en el comedor del colegio un contrato marco junto con el documento de confirmación de swap. Este relato de hechos se niega por la mercantil demandada, quien relata toda una serie de reuniones y llamadas de teléfono mantenidas entre los representantes de la cooperativa, Dña. Amparo directora del Consejo

Rector y D. Rafael director del colegio, y los empleados del banco, tanto el director de la oficina de Catarroja, D. Rafael como de la jefa de zona, Dña. Laura que comenzaron a principios de 2008 (aunque el director de la oficina afirmó que incluso a finales de 2006 ya arrancaron las conversaciones) y que tuvieron lugar antes del verano de 2008 y de la firma del contrato en octubre de 2008, donde se dieron explicaciones a los cooperativistas, tanto de las condiciones del préstamo, como de los avales, y del swap. Afirma la demandada que incluso se realizaron explicaciones por Dña. Laura sobre el swap en una pizarra de un aula del colegio. Sobre este particular se han practicado testificiales totalmente contradictorias. De un lado, los testigos empleados de la entidad demandada sostuvieron que los cooperativistas del colegio recibieron cumplida información del contenido del mismo, siéndoles comunicados los elementos esenciales del mismo, la existencia de los riesgos inherentes a dichos contratos, así como de la posibilidad de cancelación previa, la parte actora negó dicha información veraz manifestando que únicamente se le comentó en el último momento, se le traslado que se trataba de un seguro, que no existía riesgo alguno y que era de carácter gratuito. Sobre el inicio de las reuniones entre los empleados del banco y los cooperativistas y las fechas de las mismas, goza de mayor verosimilitud la versión dada por los empleados de la sucursal bancaria, no sólo porque la contratación de un préstamo de más de 4,5 millones de euros no se suele hacer de un día para otro, sino porque es más acorde con la documentación aportada por las partes (tanto el acta de la Asamblea del colegio de 3/06/2008 donde se hace constar que se estaba tratando el tema de la financiación, como la fecha del contrato, 03/10/2008, dado que el mismo no pudo ser firmado el día en que afirman que el Sr. Rafael les dijo que tenían que firmar un seguro para los intereses dado que el Sr. ajo de trabajar en la oficina de Catarroja en julio de 2008, lo que no casa con la secuencia de hechos relatada por la parte actora). Ahora bien, que tales reuniones tuvieran lugar, no acredita que en ellas se hablara del swap ni de sus características esenciales, dado que una cosa es el préstamo (con las incidencias acaecidas relatadas por ambas partes relativas al problema de la hipoteca sobre el suelo de titularidad municipal, incidencias que motivaron diversas conversaciones y reuniones) y otro el swap contratado y la información concreta que se dio a los cooperativistas, con carácter previo a su firma. Sobre este particular, todos los empleados del banco incidieron en el interés de los cooperativistas de saber a cuánto iba a ascender la cuota mensual del préstamo y su preocupación por el incremento que podría suponer en dicha cuota un aumento del tipo de interés. Dicha preocupación, que se aprecia de todo punto lógica, lleva a considerar que se ofreció por la entidad bancaria el swap como cobertura del tipo de interés. Así lo explicó el testigo D. Rafael , quien manifestó que en una primera reunión con María Rafael ante la pregunta de si había alguna manera de tener un interés fijo, él les habló de la posibilidad de tener un swap. Respecto a la concreta información ofrecida por D. Rafael a los cooperativistas, el mismo manifestó que tuvo una reunión posterior con ellos donde les explicó que iban a pagar 4,75%, que si el Euribor subía iban a pagar el 4,75% y si bajaba iban a pagar 4,75%, que siempre iban a pagar el 4,75%. También afirmó que no les dijo que fuera un seguro, sino que se trataba de asegurar el 4,75%. Por su parte, Dña. Laura jefa de zona de Banco de Valencia en aquél momento, afirmó que antes de verano mantuvo una reunión con los cooperativistas en el colegio, que recordaba que fue en un aula donde había una pizarra, y que de la cobertura del tipo de interés afirmó que la mayoría no habían oido hablar de esto, por lo que ella lo explicó "porque es un tema muy sencillo". Afirmó que la explicación concreta que dio no la recuerda pero que siempre explicaba que se trataba de pactar "a qué Euribor" iban a fijar el tipo de interés, que si es más alto se te va a devolver y si es más bajo pagas, que el tipo no se va a mover. Recordaba haber explicado algo en la pizarra pero no recordaba si la utilizó para explicar el swap o algo relacionado con el préstamo. En el momento de la firma en

octubre de 2008, la directora de la oficina, que en ese momento era Verónica manifestó ella recogió la firma, dado que el documento se firmó en su despacho, que en ese momento no le dio ninguna explicación a Amparo (María).

Pues bien, de lo anterior se colige el interés lógico de los cooperativistas de saber lo que iban a pagar cada mes, y el ofrecimiento del swap por parte del banco para evitar riesgos derivados de la subida de tipos de interés, pero la información dada por los empleados pudo inducir a error a los cooperativistas acerca de la naturaleza compleja (que no "sencilla" como manifestó la Sra.) del producto que contrataban, puesto que de la explicación dada, a pesar de no haber prima, parecía una cobertura o seguro del tipo de interés, ya que únicamente se recalca esta finalidad, esto es, que simplemente ofrecía seguridad ante las variaciones del tipo de interés, no haciendo, en cambio, referencias a otros aspectos del producto de carácter esencial. Por tanto, no sólo existió un déficit de información sino que la dada por la entidad demandada fue errónea.

Esta impresión recibida por parte de los cooperativistas de que contrataron un "seguro" y no otra cosa, se infiere también de las actas de la Asamblea y del Consejo Rector cuyo testimonio íntegro ha sido aportado al procedimiento por la parte actora a requerimiento de la parte demandada. En el acta de la Asamblea de fecha 10/02/2010 se recoge bajo el epígrafe de 2) temas económicos, que "una partida que incrementa notablemente los gastos es que el seguro que se firmó con el préstamo, del cual no se nos informó correctamente y supone una pérdida económica importantísima y difícil de mantener. Es necesario estudiar el tema con el banco...". En el acta de fecha 1/04/2010 se menciona "seguimos teniendo un problema grave con el SWAP y dada esta situación se está llevando a cabo una auditoría interna. Es importante buscar soluciones, hay que seguir intentando negociar este seguro e incentivar la solicitud de plazas de alumnado a través de publicidad..." .

La falta de información verbal adecuada, clara, y precisa y la falta de realización del test de conveniencia no puede suplir en el presente caso lo que se indica de forma impresa en el contrato litigioso, al tratarse de informaciones vagas e imprecisas, como es la fórmula del cálculo del tipo de interés que resulta difícilmente comprensible.

Señalado lo anterior, y alegado por la parte actora como causa de nulidad del contrato el error en la prestación del consentimiento, la demanda debe ser estimada por cuanto concurren los requisitos para que el error invalide el consentimiento prestado, ya que debe calificarse de sustancial al recaer sobre el objeto del contrato al afectar a los concretos riesgos asociados a la contratación del swap; excusable, por cuanto como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2.014 , "el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, ya que si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato por la existencia de vicio en alguno sus elementos, en este caso el consentimiento, determinan que conforme a lo establecido en el artículo 1.303 del Código Civil que deban retrotraerse todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y devolución de las mismas a la parte actora, más los intereses legales correspondientes (con compensación de las positivas con sus intereses).

Apreciándose error en el consentimiento no se hace preciso entrar a valorar el resto de motivos de nulidad alegados en la demanda.

SEXTO.- En lo que se refiere a las costas, y a la vista del Art. 394 de la Lec., que en su párrafo 1º establece que se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, procede condenar a CAIXABANK, S.A. al pago de todas las que se hayan causado en esta instancia.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente observancia.

FALLO

DEBOESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la procuradora de los Tribunales Dña. Laura Oliver Ferrer, en nombre y representación de contra la CAIXABANK, S.A. **y en consecuencia, debo declarar la nulidad del contrato SWAP** de fecha 3/10/2008 firmado por las partes, acompañado como documento número 3 de la demanda, con la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y devolución de las mismas a la parte actora, más los intereses legales correspondientes (con compensación de las positivas con sus intereses), con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en los términos acordados, advirtiéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugnan. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial -introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre-, para recurrir, la parte recurrente deberá constituir depósito por importe de 50 €, que se consignará en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, sin que pueda tenerse por preparado el recurso si el depósito no estuviere constituido. Están exentos de constituir el depósito: el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leída y publica fue la anterior sentencia por la Juez que suscribe estando celebrando Audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy Fe.