

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

c/ San Roque, 4 - 2ª Planta
Pamplona/Iruña
Teléfono: 848.42.41.02
Fax.: 848.42.41.31
Juzgado Primera Instancia 4 Pamplona
Juicio Ordinario 0000980/2011 -00

Sección: C

proa: **APELACIONES JUICIOS ORDINARIOS**

Nº: **0000181/2012**

NIG:3120142120110005553
Resolución: Sentencia 000251/2012

SENTENCIA Nº 251/2012

Presidenta

D^a. ESTHER ERICE MARTÍNEZ

Magistrados

D. FERMÍN ZUBIRI OTEIZA

D^a. BEGOÑA ARGAL LARA (Ponente)

En Pamplona/Iruña, a 21 de diciembre de 2012.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los/las limos/as. Sres/as. Magistrados/as que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 181/2012**, derivado de los autos de *Juicio Ordinario nº 980/2011* del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Pamplona/Iruña; siendo parte apelante. **D. JJAB**, representado por el Procurador D. JAVIER ARAIZ RODRÍGUEZ y asistido/a por el Letrado D. IGNACIO JOSÉ FERRER-BONSOMS HERNÁNDEZ; parte apelada. **"CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA"**,

representada por la Procuradora D^a M^a TERESA IGEA LARRAYOZ y asistida por el Letrado D. SANTIAGO DÍAZ MORLAN.

Siendo Magistrado Ponente la lma. Sra. D^a **BEGOÑA ARGAL LARA.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 22 de febrero de 2012 el referido Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en los autos de Juicio Ordinario n° 980/2011, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: " *Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D JJAB contra Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona condenando en costas al actor. "*

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de JJAB. Interesando se dicte resolución por la que revocando la dictada, se estime íntegramente el recurso de apelación interpuesto, revocando la resolución recurrida en el sentido de estimar íntegramente la demanda, con imposición de costas en ambas instancias a la parte demandada.

CUARTO.- La parte apelada, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, evacuó el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia, con expresa condena del actor al pago de las costas

judiciales.

QUINTO.- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a la Sección Primera en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 181/2012, habiéndose señalado el día 17 de diciembre para su deliberación y fallo, con observancia de las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a esta resolución.

PRIMERO.- La representación de D. JJAB formula recurso de apelación contra la sentencia de 22 de febrero de 2012, alegando:

1.- Error en la valoración de la prueba.

El test es incorrecto, no cumple los requisitos del artículo 74 del RD. 217/2008 de 15 de febrero.

De la documentación aportada por la demanda, (ficha técnica y perfil del cliente), se constata que la Caixa no hace referencia a ningún producto de inversión ni experiencia similar en el perfil del cliente; que carece de estudios superiores.

La información precontractual debe ser suficiente, clara y veraz. Es insuficiente la declaración del Director, la ficha de riesgo del producto. El test de conveniencia es insuficiente para acreditar esa obligación de información; cuya prueba atañe a la Caixa.

2.-Error en la aplicación del Derecho..

Vulneración del artículo 217 de la L.E.C.

www.ferrer-bonsoms.com

Ferrer-Bonsoms, Abogados
Madrid Sevilla Pamplona

3.- Error en la valoración de la prueba. La entidad financiera conocía las bajadas de los tipos de interés. La sentencia no valora los documentos aportados con la demanda, ni el informe pericial.

4.- Incorrecta aplicación del criterio del Banco de España. Suplica; estimación del recurso, revocación de la sentencia con imposición de costas de ambas instancias a la parte demandada.

SEGUNDO.- Antecedentes del debate litigioso. Se dan por reproducidos los consignados en el FUNDAMENTO JURÍDICO PRIMERO de la sentencia apelada, añadiéndose que esta resolución desestima la demanda concluyendo que no se trata de valorar si el contrato suscrito es o no un contrato complejo y su naturaleza es o no especulativa, sino valorar si el Sr. AB sabía lo que firmaba, y de la documentación aportada por la demandada, del test de conveniencia, se reconoce por el Sr. AB que conoce los mercados de valores y los instrumentos financieros y entiende los riesgos que compartan, que nunca ha trabajado en el sector financiero, y preguntado si está "dispuesto a asumir pérdidas por sus inversiones a cambio de mayor rentabilidad, contestó que no de capital pero si de los intereses, y ha quedado acreditado que su hermana trabajaba en Caja Navarra y pudo actuar asesorado por ella; no se ha acreditado con el rigor que exige la Jurisprudencia, la existencia, no solo de una falta de información que ha quedado desvirtuada con el documento 7 aportado por la demandada (test de conveniencia), ni mucho menos la mala fe en la actuación del banco al ocultar un supuesto conocimiento de la bajada de interés se produjo.

TERCERO.- Naturaleza jurídica del contrato celebrado

entre las partes.

A la vista de las afirmaciones sostenidas por la demandada, será preciso como cuestión previa al examen del fondo del recurso determinar si es de aplicación la Ley del Mercado de Valores 217/2008 al contrato litigioso y en consecuencia, las normas relativas al deber de información.

El documento 7 de la contestación a la demanda es la evaluación de la conveniencia del Sr. JJAB, producto SWAPS, que señala:

" De acuerdo con lo establecido en la normativa MIFID, "La Caixa" debe recabar de los clientes que quieran contratar productos o servicios financieros, información sobre sus conocimientos y experiencia, a fin de evaluar si los mismos son adecuados para el cliente

Es la propia entidad bancaria contratante la que califica el Swaps como instrumento financiero, no un mero producto bancario, e interroga al cliente sobre los conocimientos de los instrumentos financieros y de los mercados de valores, figurando que el demandado, como señala el Juez a quo, firmó: " conozco los mercados de valores y los instrumentos financieros y entiendo los riesgos que comportan; nunca he trabajado en el sector financiero, si tengo experiencia en otras entidades en la contratación de un producto similar, estaría dispuesto a asumir pérdidas por inversiones a cambio de mayor rentabilidad, pero sólo de los intereses", concluyendo: " conforme que "la Caixa" me ha explicado y ha comprendido los riesgos inherentes a este producto antes de su contratación y los asumo, (folio 232 de los autos).

La fecha del test de conveniencia es de 30 de mayo de 2008, y el formulario lo rellena la propia entidad financiera, pero está firmado por el particular.

Efectivamente, el test realizado no responde a todos los enumerados en el artículo 74 del RD 217/2008 de 15 de febrero.

No se ha realizado el test de idoneidad.

Expuesto lo anterior, debe señalarse que el T. Supremo, en sentencia de 21/11/2012 de 683/2012, califica a este tipo de contratos como operaciones financieras especulativas, y sujetas a factores aleatorios.

La Ley 47/2007 de 19 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de valores, vigente al tiempo de la celebración del contrato litigioso, en su art. 2 señala que quedan comprendidas en el ámbito de la presente ley, las siguientes instrumentos financieros: 8) por mitad.

Por tanto, la legislación aplicable al contrato de permuta, SWAP, es la expuesta.

CUARTO.- Sobre el deber de información.

En primer lugar es preciso concretar que el contrato celebrado entre las partes es un "contrato de permuta financiera de intereses" con el objeto de cubrir parcialmente la exposición al riesgo de incremento del tipo de interés inherente a las operaciones financieras.

"Objeto del contrato". En virtud del presente contrato en cada fecha de pago el cliente se obliga a pagar a la "La Caixa" el importe del pago, si tiene signo positivo, y "La Caixa" se obliga frente al cliente al pago del importe del pago, si tiene signo negativo, en la fecha de pago en que finalice el periodo de referencia correspondiente.

Respecto del deber de información, el artículo 79 de la

Ley de Mercado de Valores señala: Obligación de diligencia y transparencia.

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.

En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley.

Artículo 79 bis Obligación de información.

1.-Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2.-Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3.- 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.

4.- el cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicios prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5.- Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de todas la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6.- Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es ademado para el cliente.

Quando en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado

para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

El R.D. 217/2008 de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, establece:

Art. 60.- Condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa.

1.- A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular:

a.-) La información deberá incluir el nombre de la entidad que presta los servicios de inversión.

b.-) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.

c.-) La información será suficientes y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.

d.-) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

e.-) Cuando la información haga referencia a un régimen fiscal particular, deberá aclarar de forma visible que ese régimen dependerá de las circunstancias individuales de cada cliente y que puede varias en el futuro.

f.-) En ningún caso se podrá incluir en la información el nombre de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o de

otra autoridad competente de manera tal que indique o pueda inducir a pensar que la autoridad aprueba o respalda los productos o los servicios de la empresa.

El Banco de España, en relación al deber de información a facilitar en la contratación de productos para cubrir el riesgo de subidas de interés asociado a un préstamo concertado a tipo de interés variable, señala:

"En todo caso, para su comprensión y correcta valoración y en cuanto a su adecuación a los objetivos de cobertura del cliente, este producto debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario. Antes de formalizar la contratación de estos productos, las entidades deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como:

a.-) La posible diferencia entre fecha de contratación y de entrada en vigor de la permuta.

b.-) El hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las liquidaciones mensuales resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad..."

Expuesta la anterior normativa relativa al deber de información a cliente minorista, que es el supuesto que nos ocupa, la cuestión litigiosa a resolver será si concurren en el caso del demandantes los presupuestos legales de la acción ejercitada, nulidad contractual por error en el consentimiento, arts. 1.261, 1.254, 1.265, 1.266 y 1.303 del C. Civil, por no haber recibido información clara y suficiente, antes, durante el tiempo de celebración del contrato.

Como cuestión previa debe señalarse que "aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta

una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos. (S. T.S. 21/11/2012)."

En este caso, como en el resuelto por el Alto Tribunal, la acción ejercitada es la de anulación del contrato litigioso por la concurrencia del error como vicio del consentimiento, no la declaración de nulidad por la supuesta infracción de normas imperativas relativas a la información que debía proporcionar la entidad de crédito a su cliente; ni la declaración de una ineficacia sobrevinida de los contratos por la desaparición ex post de sus causas concretas por una alteración de las circunstancias tomadas en consideración como base del resultado empírico perseguido por ambas partes con ellos; a pesar de que en el hecho primero de la demanda se señala que el referido contrato adolece de nulidad por no cumplir la finalidad prevista, por error en el consentimiento y por deslealtad.

La sentencia de instancia, examinando la prueba practicada, concluye que de la documentación aportada (test de conveniencia), y del hecho de que su hermana pudo asesorarle, no se ha acreditado con el rigor que exige la jurisprudencia, la existencia no solo de una falta de información, ni mucho menos una mala fe en la actuación del banco al ocultar un supuesto conocimiento de la bajada de tipos de interés que se produjo y desestima la demanda.

La Sala, tras la revisión de las pruebas practicadas, concluye:

1.- El banco demandado no ha informado al apelante, cliente minorista, de los riesgos del producto contratado, conforme a lo prevenido tanto en la Ley de Mercado de Valores 47/2007, como en el R.D. 217/2008.

2.- El Test de Idoneidad realizado al Sr. AB ., a quien califica como cliente minorista, revela una manifestación

del mismo de conocimiento genérico, y sin concretar, de mercados de valores e instrumentos financieros, y que está dispuesto a asumir pérdidas de intereses por sus inversiones a cambio de mayor rentabilidad esperada.

3.- La expresada constatación de circunstancias personales del contratante no revelan por sí mismas un conocimiento específico de los riesgos asumidos con la celebración del SWAP, ni pueden sustituir al deber de la entidad financiera de proporcionar previamente a la celebración del contrato la información de riesgos legalmente requerida.

La inferencia que la sentencia realiza entre contestaciones del cuestionario y conocimiento de riesgos del producto contratado no puede ser establecido, pues el Sr. AB . no posee una cualificación específica en economía y el hecho de estar dispuesto a arriesgar intereses pero no capital, a cambio de una mayor rentabilidad, es una opinión que no sustenta en la dinámica operativa del SWAP, pues este instrumento financiero no es un producto de inversión, en cuanto está vinculado a un producto bancario con el objeto de minorar los riesgos de fluctuación de los tipos de interés.

4.- La Entidad demandada no ha cumplido, ex artículo 217 de la LEC, la carga de acreditar el cumplimiento del deber de información de los riesgos del producto al minorista contratante, a pesar de que manifieste lo contrario en su contestación a la demanda pero no lo ha probado, y por ello debe concluirse que el cliente desconocía los mismos al tiempo de otorgar su consentimiento, por lo que el consentimiento prestado por el apelante estaba viciado por el error sobre condiciones esenciales de la permuta relativas a sus riesgos, de manera excusable; pues de lo contrario, si como sostiene la apelada el cliente fue informado de los riesgos de la operación y además poseía conocimientos financieros, no se entiende

que celebrara un contrato bancario relativo a un producto especulativo claramente perjudicial para sus intereses económicos como el SWAP, que además pervierte la finalidad del mismo que era la de reducir los riesgos arriba expuestos.

Sostiene la apelada que el producto contratado por el sr AB no le resultó perjudicial a sus intereses para lo que pone como ejemplo dos vencimientos del recibo de hipoteca, lo que no es suficiente para justificar la conclusión que expone, además afirma que aunque el cliente no se beneficia de la bajada de los tipos (uno de los riesgos del contrato), financieramente no sale perdiendo (no prueba este extremo).

El Sr A, no solo no se beneficia con el producto, sino que tal y como está concebido en un marco financiero de intereses bajista, solo puede obtener pérdidas, a pesar de la finalidad para la que se le ofertó el producto según la propia entidad bancaria (cobertura de los riesgos de los tipos de interés variable de su préstamo con garantía hipotecaria a ofertar por imperativo de la Ley 36/2003, artículo 19,1), no facilitando la demandada explicación relativa al hecho de que si el Sr AB celebró el contrato de préstamo en el año 2.005, no se le ofertó el producto hasta el 30 de mayo de 2.008, con fecha de efecto del contrato el 1 de junio de 2.009

Como ya ha establecido esta Sala, en sentencias 177/2011 de 11 de junio, 89/2012 de 18 de abril: " El error de vicio del consentimiento, previsto en el art. 1.266, constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida; "error que debe reputarse excusable, a la vista de que se ha omitido toda información relevante al cliente en relación a la operación financiera, y en concreto, que las liquidaciones podrían ser negativas, por la redacción poco clara del contrato,

todo ello en el marco de una previsión bajista de los tipos de interés en los mercados financieros que provoca una distorsión fundamental en la finalidad para la que se celebró el contrato".

El recurso debe ser estimado.

SÉPTIMO.- Las costas de la primera instancia se imponen a la demandada, sin que proceda efectuar imposición de costas de la alzada (art. 394 y 398 L.E.C.).

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimo el recurso de apelación formulado por D. JJAB contra la sentencia de 22 de febrero de 20132 del Juzgado de Primera Instancia n. 4 de Pamplona, la **revocamos íntegramente y:**

- 1.- Estimamos la demanda formulada por D. JJAB.
- 2.- Declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores.
- 3.- Condenamos a CAIXABANK S.A. a estar y pasar por esta declaración y a abonar a D. JJAB 5.184,60 € y las demás cantidades que hubiera abonado hasta la fecha de esta sentencia, y al abono de las costas procesales de la primera instancia.
- 4.- No procede efectuar imposición de costas de la alzada.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de **recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo** o, en su caso, de **recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra**, debiendo presentar ante esta

Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banesto, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el Secretario, para hacer constar que en el día de la fecha me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su **notificación** a las partes, unión a los autos de testimonio literal de la misma y archivo del original. Doy fe en Pamplona a veintiuno de diciembre de dos mil doce.