



## abogados

Etxesakan nº 28. Oficina 4  
Zizur Mayor. Navarra  
SPAIN

### SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

c/ San Roque, 4 - 2ª Planta  
Pamplona/Iruña  
Teléfono: 848.42.41.10  
Fax.: 848.42.43.43  
RES01  
Procedimiento Ordinario 0000712/2011 – 00  
Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Pamplona/Iruña

### Proc.: **APELACIÓN RESOLUCIONES OTROS MERCANTIL**

Nº: **0000206/2013**  
NIG: 3120147120110000326  
Resolución: Sentencia 000229/2015

## S E N T E N C I A Nº 000229/2015

Ilmo.Sr. Presidente  
D. AURELIO HERMINIO VILA DUPLÁ  
Ilmos. Sres. Magistrados  
D.JESÚS SANTIAGO DELGADO CRUCES  
D. ILDEFONSO PRIETO GARCÍA-NIETO

En Pamplona/Iruña, a 16 de junio del 2015.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 206/2013**, derivado del *Procedimiento Ordinario nº 712/2011* del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Pamplona/Iruña; siendo parte apelante, la demandada **CAIXABANK, S.A.**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa Igea Larráyoiz y asistida por el Letrado D. Santiago Díaz Morlan ; parte apelada, los demandantes **D. AAA, D. BBB, Dña. CCC, D. DDD, Dña. EEE, D. FFF, Dña. GGG, D. HHH y D. JJJ**, representados por el Procurador D. Javier Araiz Rodríguez y asistidos por el Letrado D. Ignacio José Ferrer-Bonsoms Hernández.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JESÚS SANTIAGO DELGADO CRUCES**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 30 de mayo del 2013, el referido Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en Procedimiento Ordinario nº 712/2011 cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

*“Que debiendo estimar y estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Javier Araiz Rodríguez en nombre y representación de Don AAA, Don BBB, Doña CCC, Don DDD, Doña EEE, Don FFF, Doña GGG, Don HHHy Don JJJ, interpone demanda de juicio ordinario frente a CAIXABANK, S.A. (Anteriormente Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona -*

[www.ferrer-bonsoms.com](http://www.ferrer-bonsoms.com)

Ferrer-Bonsoms, Abogados  
Madrid Sevilla Pamplona



## abogados

Etxesakan nº 28. Oficina 4  
Zizur Mayor. Navarra  
SPAIN

Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona) debo: a) declarar y declaro la nulidad de los contratos de permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores:

1- nº 9853.21.0025994-97 suscrito con el actor Señor AAA y su posterior resolución;

2- nº 9853.21.0013955-11 suscrito con el actor Señor **BBB** y su posterior resolución;

3- nº 9853.21.0026265-47 suscrito con la actora Señora **CCC**;

4- nº 9853.21.0025283-24 suscrito con el actor Señor FFF;

5- nº 9853.21.0026008-06 suscrito con el actor Señor DDD;

6- nº 9853.21.0024849-81, su posterior resolución y nº 9853.21.0059468-08, suscritos con Doña **EEE**

7- nº 9853.21.0013960-57 suscrito con la actora Señora **GGG**;

8- nº 9853.21.0026275-58 suscrito con el actor Señor HHH;

9- nº 9853.21.0029201-86 suscrito con el actor Señor **JJJ**.

b) condenar a la demandada a estar y pasar por dicha declaración

c) condenar a la demandada a que abone a:

1- Don **AAA** la suma total de 7.341,90 euros;

2- Don **BBB** la suma total de 3.451,93 euros;

3- Doña **CCC** la suma de 7.791,91 euros, así como las que ha venido abonando en virtud de dicho contrato después de la presentación de la demanda;

4- Don **DDD** la suma de 8.892,43 euros así como las que ha venido abonando en virtud de dicho contrato después de la presentación de la demanda;

5- Doña **EEE** la suma de 3.620,64 euros, así como las que ha venido abonando en virtud de dicho contrato después de la presentación de la demanda;

6- Don **FFF** la suma de 4.118,01 euros, así como las que ha venido abonando en virtud de dicho contrato después de la presentación de la demanda;

7- Doña **GGG** la suma de 21.789,07 euros, así como las que ha venido abonando en virtud de dicho contrato después de la presentación de la demanda;



## abogados

Etxesakán nº 28. Oficina 4  
Zizur Mayor. Navarra  
SPAIN

8- Don **HHH** la suma de 19.739,09 euros, así como las que ha venido abonando en virtud de dicho contrato después de la presentación de la demanda;

9- Don **JJJ** la suma de 8.340,96 euros así como las que ha venido abonando en virtud de dicho contrato después de la presentación de la demanda.

*Dichas cantidades devengarán los correspondientes intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.*

*Asimismo se condena a la parte demandada al pago de las costas generadas en el presente procedimiento.”*

**TERCERO.-** Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la parte demandada, **CAIXABANK**, S.A.

**CUARTO.-** La parte apelada, D. **AAA**, D. **BBB**, Dña. **CCC**, D. **DDD**, Dña. **EEE**, D. **FFF**, Dña. **GGG**, D. **HHH** y D. **JJJ**, evacuó el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

**QUINTO.-** Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, correspondieron a esta Sección Tercera, en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 206/2013, habiéndose señalado el día 3 de junio de 2014 para su deliberación y fallo, con observancia de las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El día 30 de septiembre de 2011 los actores presentaron demanda, en la que acumularon sus acciones, contra Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, “*la Caixa*”, pidiendo que se declararan nulos los contratos “*de permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores*”, y “*en su caso la posterior cancelación*”, y se condenara a la demandada a pagar a los nueve demandantes las cantidades referidas en el suplico de la demanda, “*y en su caso las que sigan abonando en virtud de dicho contrato desde la interposición de la demanda*”, y a los Sres. Serrano, bbbla suma de las cantidades correspondientes a las liquidaciones, y al coste de cancelación del contrato, al considerar que los citados contratos adolecían de nulidad por las siguientes razones:

1. Suscripción un producto (un derivado) que no cumple la finalidad legal mente prevista (una cobertura).
2. Error en el consentimiento de los clientes consumidores, imputable a la Caixa por incumplir normativa bancaria y del mercado de valores.

[www.ferrer-bonsoms.com](http://www.ferrer-bonsoms.com)

Ferrer-Bonsoms, Abogados  
Madrid Sevilla Pamplona



## abogados

Etxesakán nº 28. Oficina 4  
Zizur Mayor. Navarra  
SPAIN

3. Establecimiento de cláusulas abusivas, en una redacción que se encuadra en los contratos de adhesión.
4. Publicidad engañosa y falsa.
5. Deslealtad de la entidad bancaria respecto a sus clientes ya que tenía conocimiento de la inminente bajada de los tipos de interés, conforme se deduce del informe económico del Banco de España de marzo de 2008. Dato que no advirtió a sus clientes.

La entidad bancaria se opuso a la nulidad pedida, señaladamente con base en la inexistencia de los requisitos que justifican del error como vicio del consentimiento y en el cumplimiento para con sus clientes de los deberes de información.

La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de los contratos y en su caso de los convenios de resolución y condenó a la entidad bancaria a satisfacer las cantidades expuestas en la parte dispositiva de la sentencia, en los términos que se acaban de transcribir.

La entidad demandada formuló el presente recurso de apelación, con base en los motivos que seguidamente analizaremos.

**SEGUNDO.-** Se admiten los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, en cuanto no contravengan las consideraciones de tal clase que seguidamente hacemos, procediendo la desestimación del recurso.

El primer motivo del recurso se destina, en suma, a destacar la inocuidad o neutralidad de los contratos de permuta financiera ofrecidos por la apelante y contratados por los actores demandados; considerando equivocado que los contratos referidos se consideren como productos de inversión; añadiendo además que no les son aplicables el RD. 217/08 y la modificación de la Ley de Mercado de Valores realizada por la Ley 47/07 que transpuso la denominada normativa MiFID.

En definitiva, sostiene en primer lugar la apelante que el contrato de permuta financiera de intereses, en su modalidad de cobertura de tipos de interés, vinculado a un préstamo con intereses variables, consigue con el resultado conjunto del recibo de la hipoteca y de la liquidación de la cobertura, que se produzca el efecto de sustituir los intereses variables del endeudamiento por un tipo fijo, controlándose las consecuencias perniciosas de las fluctuaciones de los tipos de interés, dando estabilidad a los costes financieros del endeudamiento, resultado éste que se consigue de igual forma mediante la novación del préstamo hipotecario, pero con los inconvenientes de los costes de la novación y la perpetuación del tipo fijo por toda la vida del préstamo.

[www.ferrer-bonsoms.com](http://www.ferrer-bonsoms.com)

Ferrer-Bonsoms, Abogados  
Madrid Sevilla Pamplona



## abogados

Etxesakan nº 28. Oficina 4  
Zizur Mayor. Navarra  
SPAIN

Así como que debe catalogarse el contrato de permuta financiera de intereses, en su modalidad de cobertura de tipos de interés, como un producto bancario al que no es de aplicación la normativa MIFID, ni la propia de productos de inversión, desprendiéndose de todo lo expuesto la simplicidad del producto, que se limita a sustituir un interés variable por otro fijo.

A pesar de tratarse de un contrato autónomo e independiente, en el caso enjuiciado la permuta financiera fue suscrita en consideración a los préstamos que tenían los actores con la demandada, para lograr una estabilización del tipo de interés variable pactado en aquéllos, en este particular es abrumadora la prueba suministrada por las declaraciones de los propios empleados de la entidad bancaria. Por ello como esta Sala ha dicho en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia de 22 de noviembre de 2013 Rollo Civil 285/2012, deben analizarse conjuntamente los efectos que la fluctuación del Euribor conllevaba tanto en el contrato de cobertura, como en el contrato de préstamo.

En efecto, si el tipo de interés variable aplicable al nominal del préstamo sube, en contrapartida el cliente obtiene una liquidación positiva en el contrato de permuta financiera que le es abonada por la entidad bancaria, lo que reduce el riesgo de incremento de los costes financieros. Por el contrario, en caso de bajada del tipo de interés variable por debajo del tipo pactado en el "**swap**", el cliente obtiene una liquidación negativa que deberá abonar a la entidad bancaria, pero simultáneamente se beneficia de tener que pagar un tipo de interés menor en su préstamo, manteniéndose de igual forma los costes financieros.

En ambos casos obtiene un resultado que minimiza el efecto de la variación del tipo de interés pactado en el préstamo, actuando la permuta financiera o "**swap**" como una cobertura, no como un producto puramente especulativo, al estabilizar el gasto financiero, por más que dicho contrato sea en principio autónomo e independiente.

Ciertamente todo esto es así, en términos generales, tal y como, insistimos, hemos tenido ocasión de decir, pero la bondad del producto no exime de la obligación de información cumplida para que el cliente pueda emitir un consentimiento informado plenamente a la hora de contratar, de modo que conozca debidamente lo que contrata, en qué términos lo hace, cuáles son los riesgos que asume y, si es posible, qué coste tiene la cancelación anticipada, en caso de optar por ella.

Pero es que, además, en el caso que enjuicamos resulta que los **swaps** se contrataron dos de ellos en el mes de junio de 2008; seis en el mes de octubre de dicho año; y otro, el del Sr. JJJ, en noviembre de 2008; y en su mayor parte con vigencia posterior, ya durante el año 2009. Es decir para entonces, tanto en la fecha de la contratación y, desde luego a las previstas de inicio de inicio

[www.ferrer-bonsoms.com](http://www.ferrer-bonsoms.com)

Ferrer-Bonsoms, Abogados  
Madrid Sevilla Pamplona



## abogados

Etxesakan nº 28. Oficina 4  
Zizur Mayor. Navarra  
SPAIN

de vigencia, existían previsiones serias acerca de la bajada de los tipos de interés.

Hemos dicho también, Sentencia de 9 de febrero de 2015 Rollo Civil de Sala nº 490/2014, que si ante previsión fundadamente bajista de los tipos de interés de las propias entidades bancarias, se hubiese comunicado tal dato al cliente, difícilmente habría considerado necesario suscribir en ese momento un contrato en virtud del cual, en vez de beneficiarse en su préstamo de esa bajada, hubiera de pagar cantidades al Banco para “*compensar*” o permutar el menor importe que el Banco habría de percibir a consecuencia de concretarse esa bajada de tipos que se aventuraba. Por ello ofrecer un producto con la finalidad declarada de cubrirse del riesgo de incremento de los tipos, no parece que fuera acorde con las previsiones, sin duda conocidas por la entidad bancaria, y de las que venía obligada a informar a sus clientes en cumplimiento de su deber de “*diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios*” (Art.79 LMV), ya que entrañaban un riesgo probable de sufrir una pérdida económica.

En definitiva, aún siendo cierto que estos productos son capaces de estabilizar los costes del endeudamiento, tal función tiene especial operatividad ante un escenario alcista de los tipos; pero en el caso enjuiciado en que no se puso en conocimiento de los clientes la previsión bajista de los tipos, conocida desde luego por la apelante, tal función estabilizadora beneficiaba, como decimos, en exclusiva a la entidad bancaria quien mediante el juego del intercambio de tipos se aseguraba el pago de un interés mínimo mayor que el que era previsible, por lo tanto la función de estabilización operaba como interés fijo a favor de la entidad de crédito, sin que el cliente pudiera beneficiarse de la bajada de tipos de interés. De ahí que en el caso concreto el producto ni era inocuo ni neutro, sino que, so capa de de una estabilización de cuotas, el efecto que realmente producía era una estabilización favorable a la apelante que impedía al cliente beneficiarse de la bajada de los tipos.

En cuanto al segundo grupo de alegaciones decíamos también en la sentencia que acabamos de citar que “*No puede ofrecer duda que el contrato litigioso está sometido a la llamada normativa MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), introducida en el derecho español por Ley 47/2007, de 20 de diciembre que modifica la Ley del Mercado de Valores (LMV) y Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero*”.

Los contratos de permuta relacionados con los tipos de interés, figuran en el anexo I, sección C, punto 4, de la Directiva 2004/39, lo que excluye, de conformidad con el artículo 38 de la Directiva 2006/73, que tengan la consideración de no complejos. Y “*el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto,*

[www.ferrer-bonsoms.com](http://www.ferrer-bonsoms.com)

Ferrer-Bonsoms, Abogados  
Madrid Sevilla Pamplona



*siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público” (STJUE de 30 mayo de 2013 - TJCE/2013)”. “En el presente caso, como considera probado la sentencia sin haber sido rebatido en la apelación, la contratación de la permuta financiera fue ofrecida por la entidad bancaria a su cliente y no requerida por éste a aquélla, extremo sobre el que no ha existido discrepancia. Por ello la entidad demandada venía obligada a observar las normas de conducta establecidas en los Arts. 78 y ss. LMV, en el marco del servicio de asesoramiento en materia financiera prestado al demandante, tal y como viene a establecer la STS de 8/7/2014 (ROJ 2666/2014) para un caso de contratación por particulares de un **swap** de tipos de interés vinculado a un préstamo hipotecario”.*

Pues bien, en el caso sometido a nuestra consideración no cabe sino realizar consideraciones similares a las expuestas, con las consecuencias inherentes a ellas, pues es claro que con arreglo a las pruebas testificales de los empleados de la apelante se obtiene la conclusión de que los **swaps** de referencia les fueron ofrecidos a los clientes por la entidad bancaria siguiéndose en este particular indicaciones de los centros directivos correspondientes para tratar de obtener, según decían, esa debatida estabilización de los costes de las cuotas de los préstamos convenidos con la demandada. Insistimos en que la resolución del TJUE que antes hemos citado, pone de manifiesto que “*la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino en la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente*”, y la sentencia del TS de 20 de enero de 2014 señala que: “*De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un **swap**, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, que se le presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales...*”; que fue lo sucedido en el caso contemplado. En consecuencia hemos de rechazar el primero de los motivos del recurso.

**TERCERO.-** El segundo de los motivos del recurso está referido a “*la información proporcionada a los demandantes en relación con la finalidad, alcance y riesgos del contrato y sobre el análisis probatorio en cada caso*”.

En realidad el motivo se despliega en tres: que existió debida información; la confirmación o convalidación del contrato, renuncia de acciones tras la resolución por mutuo acuerdo, y relevancia de la cancelación unilateral y anticipada del contrato, respecto de los actores Sres. AAA y JJJ; y las condiciones personales de la Sra. GGG y del Sr. JJJ en cuanto a su capacidad para entender el producto, dado que aquélla trabajó en el sector financiero, y



## abogados

Etxesakán nº 28. Oficina 4  
Zizur Mayor. Navarra  
SPAIN

este es abogado con 15 años de ejercicio profesional y está casado con una economista.

En cuanto a la primera de las cuestiones que suscita la apelante nada mejor que acudir a la doctrina jurisprudencial existente, resumida en las sentencias del TS de 20 de enero de 2014 y de 12 de enero de 2015.

La primera de ellas decía al respecto que: “[C]onforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa, como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (Art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; Art. 64 RD 217/2008 ). Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con ese conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad , cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, dirigido además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto”. A continuación, tras recordar la diferente finalidad del test evaluación de conveniencia y del test de idoneidad, exigidos por la normativa MiFID, así como la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento del deber de información por parte de la entidad bancaria a la hora de determinar si existió o no error en el consentimiento prestado por el cliente que contrata la permuta financiera, termina señalando que la existencia de un déficit de información y la no realización de test de idoneidad permiten presumir el error vicio, salvo que el cliente gozara ya de un conocimiento suficiente del producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

En cuanto a la segunda, interesa destacar, en cuanto concierne al motivo, además de la doctrina que precede:

[www.ferrer-bonsoms.com](http://www.ferrer-bonsoms.com)

Ferrer-Bonsoms, Abogados  
Madrid Sevilla Pamplona



a) Que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación (STS núm. 460/2014, de 10 de septiembre (RJ 2014, 5304). Así, menciona el Art. 11 Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, que establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente *“en el marco de las negociaciones con sus clientes”*. *“La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable”*.

b) *“La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa”*.

c) *“En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781) y reiterado en sentencias posteriores”*.

Pues bien, siendo los mencionados los deberes de información que, en suma, afectaban a la apelante, no advertimos, según la prueba practicada, que se hayan cumplido en los términos legal y jurisprudencialmente exigidos.

Efectivamente, no consta que la información se diese con antelación, tampoco que fuese clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto y sus riesgos;

antes al contrario, de las propias declaraciones de los empleados de la recurrente más bien se deduce que la información suministrada fue la relativa a un producto que suponía la limitación del incremento de las cuotas en caso de subida de los tipos, sin que, en cambio, mediase información objetiva y adecuada acerca de los riesgos de la contratación del producto en caso de bajada de los tipos de interés, ocultándose la perspectiva bajista de los mismos, lo que posee especial trascendencia en este caso dadas las fechas de contratación y de vigencia de los productos contratados, lo que parece indicar la existencia de una especie de instrucción de los centros directivos de la apelante a sus empleados, en la que al amparo de la normativa que aconsejaba ofrecer a la clientela instrumentos de protección frente al alza de la subida de tipos en operaciones realizadas a tipo variable, se intentó realmente asegurar a la entidad recurrente la percepción de un tipo de interés mínimo a la vista de las previsiones sobre la bajada de estos, utilizando al efecto, posiblemente como meros instrumentos, tal y como se desprende de las declaraciones que prestaron, a sus empleados. La información suministrada no fue, por lo tanto, ni completa, ni objetiva, ni adecuada, ni leal para con los demandantes.

**CUARTO.-** Sostuvo también la apelante, en el caso de los señores AAA y BBB, que los mismos y la demandada resolvieron de mutuo acuerdo los contratos, por lo que invocó la existencia de confirmación o convalidación del contrato y consiguiente renuncia a las acciones tras su resolución.

Conviene empezar señalando que el Art. 1.309 CC dispone que la acción queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente, lo que es consecuencia de su carácter anulable. La doctrina ha señalado que *“la confirmación es un acto jurídico de carácter unilateral y es, en rigor, una declaración de voluntad”*; la sentencia antes citada del TS de 12.1.2015 dice que *“la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración”*. La mejor doctrina ha dicho que el conocimiento de la causa de anulación es un conocimiento referido *“al carácter ineficaz del contrato y de la posibilidad práctica de la eliminación de sus efectos jurídicos”*; por otra parte el Art. 1.311 CC exige que la causa de nulidad haya cesado, pues si la causa que determina la anulación, vicio de la voluntad en este caso, no hubiese cesado, *“la declaración de voluntad confirmatoria se encontraría afectada del mismo vicio y sería tan impugnabile como el inicial contrato”*.

Pues bien, tanto en el caso del Sr. AAA como en el del Sr. BBB no consta que cuando los mismos resolvieron de mutuo acuerdo el contrato conociesen el carácter anulable del contrato que en su momento suscribieron ni tampoco que el vicio de la voluntad hubiese cesado, antes al contrario, la propia naturaleza

de las cosas apunta en sentido contrario a lo alegado por la recurrente, a saber si hubiesen conocido al resolver el contrato, con el coste correspondiente, que el inicialmente contratado estaba afectado de causa de anulabilidad derivada de una deficiente información, o la causa que propició el error, fundamentalmente el comportamiento de los tipos de interés, obviamente no hubieran optado por la resolución y pago del *“importe de la extinción”*, con lo que no puede considerarse que exista confirmación en cuanto que no concurren los requisitos exigidos para ello.

Tampoco deriva de tal actuación resolutoria acto propio determinante de la extinción consciente de una relación jurídica puesto que, en casos como el presente, el acto propio gira en torno a elementos similares a los de la confirmación-conocimiento y cese del vicio en cuanto la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios requiere manifestación de voluntad dirigida a establecer una concreta situación jurídica, lo que en este caso no sucede.

Además, y abundando en lo expuesto, en cuanto a la cancelación o resolución anticipada del **swap**, en la sentencia núm. 22/2014, Rollo Civil de Sala 290/2012, esta Sección hizo una serie de reflexiones sobre las cláusulas de cancelación anticipada, que fueron reiteradas después en otras como por ejemplo la de 30 de mayo de 2014 RC 200/2013. Dijimos que, *“al consistir la permuta financiera o “swap” en el derecho de las partes a recibir durante un plazo determinado ciertas cantidades en contraprestación al pago de otras, calculadas sobre el mismo importe virtual según unos determinados tipos de interés, en este caso variable para el Banco y fijo para el actor, esas potenciales contraprestaciones dinerarias, positivas o negativas, poseen un determinado valor de mercado que como se ha dicho en la doctrina “...no es más que el importe neto de ese flujo de pagos que supondría percibir del cliente, en caso de liquidaciones negativas, o pagar al cliente en caso de liquidaciones positivas, calculado hasta la extinción del contrato”, de manera que “se lleva al momento de cancelación anticipada ese flujo futuro de pagos/cobros del contrato”. Es “lógico que la cancelación anticipada tenga un coste, no sólo para el cliente, sino para cualquiera de los contratantes que ejercite la facultad prevista en el contrato, puesto que, en principio, como los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes, lo lógico es estar a lo pactado, y por ende al plazo convenido, de modo que tal anticipación del vencimiento, aun contractualmente prevista, es lógico que prevea o tenga un coste asociado”*.

Pero las *“obligaciones de transparencia y protección del cliente, en suma, las obligaciones que derivan del deber de buena fe, exigen informar al mismo no sólo de que el vencimiento anticipado del swap puede tener un coste y que el mismo se calculará a precio de mercado, sino también de los parámetros que se emplean para su cálculo, explicando que su importe está en función de la evolución del tipo de referencia, del momento en que se produzca tal vencimiento anticipado y del tiempo que quede de vigencia al contrato, puesto*

*que, de ordinario, el coste de cancelación se calcula hasta la extinción del mismo, lo que suele comportar la percepción de las utilidades del contrato, si bien anticipadas y calculadas al momento en que la cancelación anticipada se produce”.*

Por ello, cuando no se informa cumplidamente al cliente de los extremos mencionados, se produce un déficit de información en torno al funcionamiento y coste real del vencimiento anticipado que incide sobre su comprensión, en cuanto que su tenor no permite descubrir cuál fue el método pactado por las partes para liquidar el contrato. Pero es que además las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato de adhesión no pueden favorecer a la parte que lo redactó, sino que deben interpretarse a favor de la parte "débil", conforme a reiterada doctrina jurisprudencial SSTs 12 mayo 1983 (RJ 1983, 2685), 12 diciembre 1988 (RJ 1988. 9429), 15 noviembre 1989 (RJ 1090, 7881), 20 marzo (RJ 1991, 2267) y 5 septiembre 1991 (RJ 1991, 6043), 22 julio 1992 (RJ 1992, 6448), 8 noviembre 2001 (RJ 2001, 9290).

En el caso enjuiciado, el examen del clausulado del contrato de permuta financiera o “**swap**” permite afirmar la oscuridad de las cláusulas 6 y 7 del contrato, señaladamente de esta última, y, especialmente también, lo relativo al método de cálculo de la cantidad correspondiente, sin que exista tampoco una información adecuada y suficiente al respecto lo que aboca al rechazo de la alegación.

Invoca asimismo la recurrente la existencia de renuncia por parte de los señores AAA y BBB, efectuada al suscribir el convenio resolutorio por mutuo acuerdo, en cuanto que allí se estableció lo siguiente: “...*sin que quepa a las partes nada más pedirse o reclamarse en virtud de la Operación. En consecuencia, desde la Fecha de Celebración y una vez satisfecho el importe de la Extinción, las Partes no se deberán suma alguna por causa de la Operación y, en todo caso, renuncian a cualesquiera otros pagos o entregas pudieran tener derecho en virtud de la Operación*”. Mas tampoco puede merecer favorable acogida tal alegación por razones similares a las que más arriba hemos hecho mención respecto de la manifestación de voluntad y sus requisitos, exigibles rigurosamente en relación con la renuncia, sobre todo cuando la misma no consta que fuese una renuncia presidida por una declaración de voluntad libre e informada, sino condicionada por la necesidad y afectada por los mismos vicios que el contrato inicial; es útil en este sentido la mención de las consideraciones realizadas por la STS de 12 de enero de 2015 en torno a las menciones predispuestas contenidas en el contrato, cuando afirma:

*“La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido*

*informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014 (TJCE 2014, 401), dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista". En consecuencia también hemos de rechazar tal alegación.*

Sostiene la apelante que la Sra. GGG posee titulación de Enfermería y ha trabajado en el sector financiero con lo que se viene a decir que no precisaba de información sobre el producto; y lo mismo se alega respecto del Sr. JJJ dada su condición de abogado con ejercicio durante 15 años al menos, persona que imparte cursos a empresarios y es cuñado del director de la oficina, estando casado con una profesora de economía, con productos contratados tales como valores, activos monetarios y de renta fija, estructurales de capital garantizado y valores, lo que de nuevo parece que hacía innecesaria la información sobre el **swap** contratado.

La sentencia tantas veces citada, al estudiar el requisito de la excusabilidad del error y su relación con el deber de diligencia, indica que "*La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa". Pero añade que "En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781) y reiterado en sentencias posteriores".*

Partiendo de tales ideas tampoco el alegato mencionado puede ser acogido, porque tanto en el caso de la Sra. GGG y, desde luego, en el del Sr. JJJ, podría considerarse, en un caso por haber trabajado en el sector y en el otro





## abogados

Etxesakan nº 28. Oficina 4  
Zizur Mayor. Navarra  
SPAIN

por los estudios y profesión ejercida, un cierto conocimiento acerca del funcionamiento de los contratos de intercambio de tipos de interés, pero, a salvo que se haya trabajado específicamente sobre los mismos o exista una mínima especialización en derecho bancario, el conocimiento sobre estos productos no va más allá de sus generalidades, lo que obviamente no exime a la entidad bancaria del cumplimiento de los estándares de información en los términos expuestos, sobre todo cuando las normas aplicable son ya las conocidas como MiFID que imponen un deber de información muy completo, que sólo cabe eludir cuando el cliente conoce plenamente el producto correspondiente; pero con ser esto importante, lo definitivo a nuestro entender es que la información fue incompleta en aspecto tan relevante como el de los riesgos que la contratación del producto conllevaba, tales como los relativos a los tipos de interés; una persona con cualificación profesional similar a la de los dos actores mencionados puede tener conocimiento acerca del funcionamiento en general de estos productos, pero no tienen por qué conocer, por ejemplo, el funcionamiento de la cancelación anticipada, el cálculo de la suma que la misma exige o la evolución prevista de los tipos de interés, datos estos cuyo conocimiento exige una práctica dedicación a la comercialización de estos productos o una específica cualificación profesional a la que es ajena, por ejemplo, un abogado que no se dedica al Derecho Bancario.

En definitiva, como dice la sentencia de 12 de enero de 2015, *“el incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta 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».*

En consecuencia, la aplicación al caso de las consideraciones y doctrina mencionadas determina la desestimación de las alegaciones realizadas en este particular por la recurrente.

Y es que, en suma, se está ante error esencial y excusable ocasionado por el déficit e inadecuada información suministrada por la recurrente, con patente incumplimiento de las obligaciones de tal clase que le impone el conjunto

[www.ferrer-bonsoms.com](http://www.ferrer-bonsoms.com)

Ferrer-Bonsoms, Abogados  
Madrid Sevilla Pamplona



normativo conocido como MiFID, puesto que la omisión de la información debida o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación precisa, determina que el error de la contraparte deba considerarse excusable; con lo que concurren los requisitos de los que depende la declaración de nulidad por vicio del consentimiento, contrariamente a lo alegado por la demandada en el último de los motivos de su recurso.

**QUINTO.-** En cuanto a las costas causadas lo dispuesto en los Arts. 398.1 y 394.1 determina que deban imponerse a la demandada apelante, dado que el recurso se desestima. Por la misma razón procede acordar la pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto. VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

## FALLO

Que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de apelación, formulado por la Procuradora Sra. Igea Larráyo, en nombre y representación de **CAIXABANK**, S.A., dirigida por el Letrado Sr. Díaz Morlan, frente a la sentencia dictada por Ilma.Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Pamplona/Iruña, el día 30 de mayo de 2013, en Procedimiento Ordinario nº 712/2011, que **debemos confirmar y confirmamos**, con imposición de las costas de la alzada a la parte recurrente.

Se acuerda la pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino legal.

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

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.



## **abogados**

Etxesakan nº 28. Oficina 4  
Zizur Mayor. Navarra  
SPAIN

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 Banco Santander, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

***DILIGENCIA.***- La extiendo yo, el Secretario Judicial, 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 y archivo del original. Doy fe, en Pamplona a