

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN PRIMERA**

SENTENCIA Nº 579

Recurso de apelación nº **423/10**

Procedente del procedimiento ordinario nº 1418/09

Tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **DÑA. Mª DOLORS PORTELLA LLUCH, D. ANTONIO RECIO CORDOVA y D. ENRIC ALAVEDRA FARRANDO**, actuando la primera de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **423/2010** interpuesto contra la Sentencia dictada el día 22 de febrero de 2010, en el procedimiento de Juicio Ordinario nº 1418/2009 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona, en el que es parte recurrente, **DOÑA SABADELL**, y parte apelada **CAIXA D'ESTALVIS DE**, y, previa deliberación, pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente.

SENTENCIA

Barcelona, 13 de diciembre de 2011

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente:

I

L'IL·LUSTRE COL·LEGI PROCTEADORS DE BARCELONA	
RECEPCIÓ	NOTIFICACIÓ
15 -12- 11 / 16 -12- 11	
Art. 151.2	L.E.C. 1/2000

"FALLO: Que, con desestimación de la demanda del procurador Jesús de Lara Cidoncha, en representación de la 1) ABSUELVO
de dicha demanda a Caixa d'Estalvis de Sabadell, 2) Con imposición a la demandante de las costas procesales."

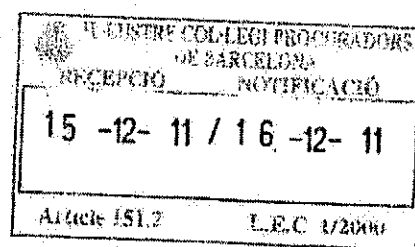
SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentren unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el Magistrado Ponente D. ENRIC ALAVEDRA FARRANDO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante, se alza
frente la sentencia de instancia, que desestima la demanda deducida frente a Caixa d'Estalvis de Sabadell, alegando error en la valoración de la prueba en la conclusión desestimatoria del Juez a quo sobre la petición de declaración de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros -swap-, más la cantidades que reclama por liquidaciones practicadas en atención al mismo.

SEGUNDO.- El recurso versa sobre que el propio contrato de gestión de riesgos financieros, que de su clausulado no resulta el concepto de permuta financiera o swap (en terminología anglosajona permuta financiera o intercambio de futuro), y que del mismo resulta un producto complejo de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos; y no se informó como tal, sino como un contrato de seguro. Que la falta de información como vicio de consentimiento a los efectos de la nulidad del contrato no ha sido atendida por el Juez a quo, y, que la recurrente no pretendía ganar dinero o tener beneficios sino un seguro contra las posibles subidas de tipo de interés. Haciendo mención también en el error porque tenía contratado un índice de referencia IRPH de Cajas de Ahorro y se le comercializa un Euribor, que la misma Caixa Sabadell se manifiesta en el doc. 16 de la demanda. Y, desarrollando en el recurso el deber de información



concreta y exhaustiva que debía desplegar la Caixa de Sabadell. Entre otras alegaciones, en la normativa aplicable, y amplia jurisprudencia que resuelve en sentido favorable al cliente frente la entidad crediticia ante dichos contratos de swap.

El Juez a quo tras señalar la relación previa entre las partes derivada de un contrato de crédito hipotecario, y describir el swap, en su operativa, y liquidaciones, desestima los fundamentos dados por la actora para su nulidad, concluyendo la claridad de las condiciones del contrato, y, que no existe el pretendido vicio del consentimiento derivado de la falta de información sostenido por la parte recurrente.

TERCERO.- El vicio de consentimiento por dolo o error se sostiene como causa principal para la solicitud de nulidad del contrato, fundamentado en la información dada sobre el contrato.

En estudio de la presente, podemos destacar: 1.- En fecha 19 de julio de 2006 las partes litigantes, Caixa d'Estalvis de Sabadell y firmaron una escritura de crédito con garantía hipotecaria sobre la vivienda unifamiliar adosada de D^a Isabel, con "una disponibilidad de crédito hasta el límite máximo de 312.00 euros cuya finalidad es la adquisición de la mitad indivisa de la finca objeto de la presente", con una primera disposición por dicho importe, y con una fecha de vencimiento final el día 19 de julio de 2046; pactándose una primera fase de interés ordinario fijo, y una segunda de interés variable, con un índice de tipo de referencia principal al "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro", y un índice de referencia sustitutivo de "tipo activo de referencia de las cajas de ahorro". Por lo que el tipo de referencia es el IRPH.

2.- En fecha 14 de junio de 2007, firman el contrato de gestión de riesgos financieros con inicio de cobertura de 29 de junio de 2007 y el vencimiento el 29 de diciembre de 2010. La cantidad de cobertura pactada era de 312.00 euros -la del crédito-.

El índice de referencia variable es trimestral, y destacar que se fija como tipo de referencia "el Euribor 3 meses, según su publicación en la página Reuters Euribor01 a las 11:00am, hora de Bruselas en el segundo día hábil previo al primer día de cada periodo trimestral de liquidación de intereses", además de discrepar con el Juez a quo sobre la claridad de lo pactado, se alega por el apelante, y guarda razón, en que dicho contrato se produce un cambio de

tipo de referencia del IRPH (tipo de las cajas de ahorro) al Euribor.

Dicha novación objetiva modificativa no consta dispuesta expresamente en el contrato, con lo que tendríamos que acudir a una admisión de novación tácita, pero aún ello no consta informada en que varía la aplicación de un tipo u otro. Resultando además que el producto financiero swap se trata de un producto derivado, que se denomina así porque su valor se deriva del precio de un activo subyacente como, en este caso, los tipos de interés. Por lo que, siendo la base el tipo de interés, resulta determinante el tipo referenciado, en que normalmente suele ser el Euribor, y es el que se recoge, modificando con ello el contenido de la escritura pública del contrato de crédito; en que sería cuestionable la exigencia del artículo 1280.5 CC, dado que la esencia del contrato, es que en el producto derivado su valor deriva de un tipo referenciado distinto al que consta en escritura pública, y siendo de aplicación a lo previsto contrariamente en la misma.

Dicha cuestión, tampoco resulta irrelevante por la misma Caixa de Sabadell, vemos que su servicio de atención al cliente ante la previa reclamación de la actora, dice sobre ello que: "La cuestión concreta de que la cobertura se rija por el Euribor y su préstamo por el IRPH, ciertamente no es el punto de partida más recomendable, pero tampoco es una limitación que impida la contratación." (folio 111). Destacar los términos "ciertamente" y que "no es el punto de partida más recomendable", con lo que prima facie viene a dar la razón a la actora en que el producto vendido no era el más recomendable. Y, también desatacar que dice que se trata de una "limitación", aunque sin razonar el porque considera que, no obstante todo ello, no impide la contratación.

En definitiva, el propio servicio de atención al cliente se sorprende, y "ciertamente" no lo considera "recomendable" como punto de partida, con lo que la información dada por el director de la oficina, caso que la hubiere dado, hubiere sido errónea, pues no entra dentro de la diligencia necesaria ofrecer un producto poco recomendable, y que puede significar una limitación en la contratación, en que tampoco informa cuál es dicha limitación.

En éste punto, en que ya se observa una falta de información o, en su caso, errónea, podemos acudir a la declaración del que era el director de la oficina cuando se firmó el swap. Y, principiar diciendo que reconoce que solo comercializó 10 contratos de éste tipo, y que la información se la dio verbal, sin darle información adicional escrita. Se le cuestiona sobre algunos de los aspectos del contrato, declarando que Caixa de Sabadell es un intermediario, pero no sabe que personas intervienen en éste tipo de contratos, no sabe que comisión o honorarios importa Caixa de Sabadell, que para la liquidación se deben pedir precios al mercado de valores –ergo tampoco resulta información clara-, y cuestionado que variables utiliza Caixa de Sabadell para la cancelación

hace una explicación general de la que tampoco resulta con claridad el coste de cancelación.

En definitiva, no consta la información que le dio al ser verbal, pero del resultado de su declaración en juicio, no podemos deducir de dicha declaración en juicio como de un experto en dichos productos, no solo por haber "vendido" solo diez, sino porque sus explicaciones informativas en la vista no resultan tampoco clarificadoras, con respuestas de ignorancia en algunas de las preguntas del producto vendido, como hemos visto.

Debiendo tener en cuenta, que conforme al art. 217.3 LEC, corresponde a la parte demandada acreditar haber dado la información suficiente, y máxime tratándose de un producto derivado, en que ni el informante parece tener conocimientos suficientes de todas las circunstancias que envuelven al mismo, ni se da a la cliente información documental para que pueda estudiarla o solicitar de un asesor financiero u economista mayor detalle de la operación que va a realizar.

De la prueba practicada ha quedado acreditado, que efectivamente, como sostiene la sentencia de Instancia, el contrato que en su día suscribió el recurrente con la entidad demandada, no es más que un swap o permuta financiera, en su modalidad de tipos de interés, y que es definido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo Sec.1ª, de fecha 4 de abril de 2011, nº de recurso 27/2011 como "el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional), los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante de nominados tipos de interés, (aunque no sin tales en sentido estricto, pues no hay en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato y más concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor."

Sentada la naturaleza del contrato suscrito lo primero a dilucidar es la información que le era exigible a la entidad demandada.

En atención a la fecha de suscripción del contrato, el día 14 de junio de 2007, la normativa aplicable en lo referente a la información que debía suministrarse al cliente era la exigida por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios. No era aplicable al caso la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaban las Directivas

85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo . Y, cabe precisar que por ello no resulta de aplicación las normas llamadas MIFID de la UE (Directivas 2004/39/ CE y 2006/73 /CE) en su incorporación por la citada Ley 47/2007.

El meritado decreto vigente a la fecha del contrato, invocado por la parte actora, transcribiendo igualmente sus artículos del 1 al 7 –aquí mentaremos el 4 y 5-, establece como anexo un código de conducta en el que se exigía, entre otras obligaciones:

"Artículo 4 . Información sobre la clientela.

1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.
2. La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.
3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes.

Artículo 5 . Información a los clientes.

1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.
2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.
3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para

evitar malentendidos.

4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

a. Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.

b. Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.

c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.

d. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía".

En el caso presente, como hemos visto anteriormente, siendo toda la prueba la que resulta de la del director de la oficina, y la mínima y dificultosa información que no puede tildarse como de actos bancarios o financieros ordinarios que consta en el contrato –más propias del que tiene especiales conocimientos financieros-, no consta que la demandada facilitara una información exhaustiva del contrato y, de la desvinculación del contrato de préstamo hipotecario, no sabemos si la misma fue defectuosa o no, pero lo que sí podemos afirmar es que la demandada no ha acreditado cual fue la

información facilitada sobre el producto ofrecido y finalmente contratado, más bien aparece como no precisa de la declaración en juicio.

Y, en consecuencia debemos concluir que si no se facilitó a la recurrente la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y no pudiendo presumirse que la recurrente tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable. No llenaba el producto ofrecido por la entidad demandada, las aspiraciones que se suponen ciertas, y por no haber sido desvirtuados con prueba de contrario, de conseguir una mayor estabilidad de la deuda, protegiéndose de las fluctuaciones de los intereses existentes en el contrato de préstamo hipotecario (como señala la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Girona).

Y, añadir, en éste sentido, aunque la publicidad del producto en la página web que se aporta de Doc. 2 es posterior, no aporta la demandada si la realizada en la fecha del contrato era distinta (disponibilidad probatoria, art. 217.6 LEC), en la aportada se vende dicho producto como "un seguro de cobertura de tipos de interés", dirigido a aquellos que "tienen el endeudamiento referenciado al Euribor". En que destacaríamos que la idea de seguro es la que se alega por la parte actora que se le ofreció, y vemos resulta de la publicidad, debiendo tener en cuenta que, se trataría de un error en la información, por cuanto, no procede confundirlo con un contrato de seguro dado que no existe una prima a pagar a cambio de una indemnización por si un suceso tiene lugar, y porque la cobertura de riesgo ni siquiera forma parte integrante ni del objeto ni de la causa del contrato. Y, en segundo lugar, el error, ya señalado anteriormente y, reconocido por la misma demandada, de que es un producto dirigido a aquellos que "tienen el endeudamiento referenciado al Euribor", pero sin constar información alguna si resulta favorable a aquellos como la actora que tienen el endeudamiento referenciado al IRPH.

CUARTO.- En definitiva, podemos llegar a la conclusión que la parte demandante-apelante, firmó el contrato de gestión de riesgos financieros -swap- porque la información ofrecida por la entidad bancaria le indujo a error sobre las posibilidades de aseguramiento del tipo de interés, de rentabilidad, lo que resulta acreditado que se produjo por una falta de información imputable a la Caixa de Sabadell (no constando prueba en contrario), sobre el producto ofrecido, dándose los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos

exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2.000: "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular".

Pudiendo hacer mención, que si bien nuestro Tribunal Supremo no se ha pronunciado aún sobre éste tipo de contratos, sí que lo ha hecho el Tribunal Supremo alemán en sentencia de fecha 22 de marzo de 2011 (BGH XI ZR 33/10, Deutsche Bank/Ille Papier Service) que condena a indemnizar por un swap escalonado de intereses (spread ladder swap), como razón fundamental, porque en el momento de la contratación tenía un valor de mercado negativo sin revelar el banco al cliente el «serio conflicto de interés», que no elimina la circunstancia de que el banco no obtenga un resultado simétrico al del cliente sino una comisión de intermediación, por tener concertada una cobertura dinámica (o flotante en función del neto de operaciones con sus clientes) con otros operadores del mercado. No es que el banco deba revelar que obtiene un beneficio cuando vende un producto, lo que es obvio, sino que debe revelar que estructura el producto en perjuicio del cliente para cubrir su propio riesgo lo que sucede, como aquí con el Swap de inflación, cuando el producto tiene un valor inicial de mercado negativo.

En atención a todo ello y al concurrir la aplicación del artículo 1.265 del Código Civil, cuando dice que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad del contratos de swap suscrito por la parte recurrente y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato, hasta la fecha de la notificación de la presente, más los intereses legales desde la interpelación judicial. La estimación de dicho motivo hace innecesario entrar en el examen de los demás motivos invocados en el recurso.

Pudiendo añadir que, en todo caso, que se trata de un error por falsa presuposición de cualidades (in qualitate) o en las condiciones que principalmente dieron motivo a celebrar el contrato (art. 1266.1) y, en concreto, un error sobre los «costes asociados» al derivado y, significativamente, los cuantiosos costes de cancelación del producto que inciden en su resultado económico. Los anexos a los documentos de confirmación, explicativos del funcionamiento de los productos, son suficientemente esclarecedores de los

efectos principales de la ejecución del contrato (escenarios y liquidaciones), pero no informan debidamente de las gravosísimas consecuencias de la cancelación, no pudiendo considerarse información «clara» la advertencia puramente genérica (v. BGH XI ZR 33/10), en el caso de autos: de que « si el cliente solicitará la cancelación anticipada del producto, se le repercutirán los costes y perjuicios que esta cancelación haya ocasionado a la Caja » -clausula 5ª, folio 62 de las actuaciones-, participando de una genérica información ergo defectuosa en lo que gravosa que resulta, y que exigiría una mayor concreción. En definitiva, procede estimar el recurso deducido.

QUINTO.- Al ser estimada la demanda, procede imponer a la parte demandada las costas de la instancia; y al ser estimado el recurso de apelación no procede hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada (art. 394 y 398 de la L.E.C.).

Vistos los preceptos citados y demás aplicables.

FALLO

El Tribunal acuerda: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona en fecha 22 de febrero de 2010, que debemos revocar y revocamos en la misma, en el sentido de por la que se estima la demanda formulada por la parte recurrente contra CAIXA D'ESTALVIS DE SABADELL y, DEBEMOS DECLARAR DECLARAMOS la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 14 de junio de 2007 suscrito por las partes, con sus consecuentes efectos restitutorios, con los intereses legales señalados; con imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada. No se hace pronunciamiento expreso respecto de las costas de esta alzada.

Procédase a la devolución del depósito consignado al apelante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación si

concurrer los requisitos legales (art. 469-477-disposición final 16 LEC), que se preparara ante este Tribunal en un plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.