

AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA



SECCIÓN DECIMOSEXTA
ROLLO N^o. 956/2012-C
JUICIO ORDINARIO NÚM. 729/2011
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 6 CERDANYOLA DEL VALLÈS

S E N T E N C I A n^o 278/2014

Ilmos. Sres.

DON JORDI SEGUÍ PUNTAS
DOÑA INMACULADA ZAPATA CAMACHO
DON JOSÉ LUIS VALDIVIESO POLAINO

En la ciudad de Barcelona, a cuatro de junio de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario, número 729/2011 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia 6 de Cerdanyola del Vallès, a instancia de
y representados por el procurador D^a. M^a. Dolores Rifa Guillen, contra BANCA CÍVICA, S.A. representada por el procurador D^a. Anna Clusella Moratonas. Estas actuaciones penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia dictada el día diecisiete de abril de dos mil doce por el Sr. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

El día 13 de noviembre de 2.008 la señora () y la misma entidad financiera otorgaron contrato de permuta financiera o swap, por un capital de 172.500 euros y con una duración de 5 años, en virtud del cual la indicada señora debía pagar cada mes un 4,5 por ciento anual de interés, aplicado sobre este último capital, y recibir el euríbor a un año, aplicado sobre el mismo capital. Por consiguiente, de acuerdo con el contrato, la liquidación debía ser positiva para la cliente si el euríbor era superior al 4,5 por ciento y para la caja de ahorros en caso contrario. El contrato no tenía más peculiaridades, de tal modo que no había límites más allá de los cuales la caja de ahorros no hubiese de pagar el tipo de interés mencionado.

Entró en vigor el contrato, de tal modo que comenzaron a realizarse las liquidaciones a que el mismo daba lugar, que fueron positivas para la cliente hasta el 1 de enero de 2.010, en que se produjo la primera liquidación negativa, por importe de 468,19 euros.

Los demandantes entablaron el proceso en solicitud de que se declarase nulo el contrato de permuta financiera por error y/o dolo de la entidad financiera y de que se restituyesen las cantidades pagadas en virtud de dicho contrato, así como determinados perjuicios derivados de la aplicación del contrato.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda. En resumidas cuentas considera que no hubo información adecuada, lo que determinó el error en el consentimiento.

Segundo: Sostiene la apelante, hoy ya Banca Cívica, S.A., que no es aplicable a la permuta financiera la normativa de la Ley del Mercado de Valores (en particular la de su artículo 79 bis), sino la que regula la actividad de las entidades financieras.

El artículo 79 quáter de la citada ley excluye la aplicación de los dos artículos que le preceden cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de

crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2.013 precisó que sólo cabe excluir la aplicación de la normativa comunitaria desarrollada en los artículos que preceden al citado 79 quáter, cuando el producto de inversión de que se trate forme parte intrínseca de un producto financiero sometido a la normativa bancaria.

La determinación de cuándo un producto de inversión forma parte intrínseca de un producto financiero puede prestarse a dudas. En este caso no puede afirmarse que el swap contratado formase parte del préstamo hipotecario porque se concertó en documento separado y en días posteriores, aun cuando es cierto que en el texto contractual de la permuta financiera se dice que la finalidad del contrato era asegurar al titular que el incremento del euríbor sólo afectaría a la cuota de su préstamo hipotecario en cuanto al nominal de éste no cubierto por el capital de la permuta.

Por consiguiente el contrato ha de considerarse sometido a la regulación general de la Ley del Mercado de Valores.

Tercero: El artículo 79 bis de dicha ley establece el deber de las entidades que presten servicios de inversión, como la entidad demandada, de proporcionar a sus clientes información adecuada sobre los instrumentos financieros que vayan a concertar y, en particular, sobre sus riesgos.

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, exige en su artículo 62 que la información se facilite en soporte duradero y con antelación suficiente respecto al momento de otorgarse el contrato, de tal modo que se permita a los clientes que formen adecuadamente su criterio y puedan consentir con conocimiento de causa. La información, conforme al artículo 60 de dicho decreto, debe reflejar las características del producto de inversión de que se trate y, en particular, los riesgos que pueda comportar.

Por otra parte, el artículo 79 bis.6 impone a las entidades el deber de solicitar a sus clientes la información necesaria

para recomendarles los instrumentos financieros que más les convengan. Cuando no obtengan las entidades la información a que se refiere el precepto y sus normas de desarrollo en el Real Decreto mencionado, se abstendrán de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros.

No se discute que, en el presente caso, ni se facilitó información sobre este producto financiero antes del momento inmediato anterior a la firma del contrato ni se solicitó la información a que se ha hecho referencia en el anterior párrafo. Así lo reconoció D. director de oficina que concertó el contrato y explicó sus características a ambos demandantes, aunque finalmente sólo se extendió a nombre de la señora Carbajales.

Cuarto: Conforme a lo entendido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero del corriente año, la falta de información por parte de una entidad financiera, así como la falta de la solicitud de información a los contratantes de instrumentos financieros como el que nos ocupa, conducen a la presunción de existencia de error en la prestación del consentimiento.

Dichas omisiones no comportan de forma automática e ineludible la conclusión de que hubo error, sino sólo una presunción de error, que obviamente favorece a quien afirma dicho vicio del consentimiento.

La presunción cesa y no produce efectos si, por las circunstancias concurrentes, puede afirmarse con la seguridad necesaria que el contratante o contratantes conocían, antes de consentir, el instrumento de que se trate. Es evidente que ello es posible, pues cabe que, pese a que no se facilite información, los contratantes tengan conocimiento suficiente del contrato y de sus características y riesgos.

En el presente caso no se dan dichas circunstancias o, lo que es equivalente, no se ha demostrado que se den. Se trata de personas particulares, sin especial experiencia en esta materia. No se ha acreditado en resumen que concurra ninguna circunstancia particular que pueda enervar la presunción de error que emana de la circunstancia de haberse prescindido de

facilitar información previa y de realizar el test correspondiente, de modo que el recurso no puede prosperar.

Quinto: Aunque se afirmase que la permuta financiera de que estamos tratando formaba parte intrínseca del préstamo hipotecario, el resultado anulatorio sería exactamente el mismo, pues la normativa bancaria contiene también enérgicas exigencias de información previa.

Como según se ha dicho el préstamo hipotecario con el que está relacionado el swap lo era con garantía de vivienda, le era aplicable la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1.994, dictada en desarrollo del artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Conforme a dicha orden, que estuvo vigente hasta 2.011, era obligatorio entregar a los clientes, antes de la contratación, un folleto informativo (artículo 3 de la orden), aparte de cumplir otros requisitos relativos a oferta vinculante y a posibilidad de examen previo del contrato (artículos 5 y 7). Aunque la orden se refería a préstamos hipotecarios de hasta 25 millones de pesetas, el artículo 48.2.a) de la citada Ley de Disciplina e Intervención suprimió dicho límite, en virtud de la reforma efectuada mediante la Ley 41/2007, 7 de diciembre.

De haber sido aplicable la legislación bancaria, como se ha pretendido, es evidente que la normativa que correspondía era la expuesta, dictada para el producto financiero (un préstamo hipotecario) del que habría que afirmar que el swap forma parte intrínseca para eludir la aplicación de la Ley del Mercado de Valores. En definitiva no se aplicaría esta última ley pero porque se aplicaría la correspondiente al producto bancario del que formase parte intrínseca el instrumento financiero cuestionado, una permuta financiera.

Ninguno de esos severos requisitos de la normativa bancaria se cumplió tampoco aquí, con lo que también desde esta perspectiva habría de afirmarse la presunción de error, evidentemente no desvirtuada.

Sexto: Se argumenta en el recurso, como es frecuente en este

tipo de pleitos, que el contrato quedó convalidado por los actos propios de los demandantes, que mantuvieron sin protesta la vigencia del contrato durante mucho tiempo.

El argumento no puede aceptarse. Si el error consistió en ignorar los demandantes las consecuencias negativas que el contrato podía reportarles, sólo puede afirmarse que salieron del error cuando comenzaron las liquidaciones negativas, en enero de 2.010, presentándose la demanda en septiembre de 2.011.

Por consiguiente el que se realizasen los aludidos cobros carece de relevancia.

Después, cuando los demandantes comenzaron a pagar, la relación con la entidad financiera se deterioró, como reflejan los documentos 36 y siguientes de la demanda y, si siguieron practicándose liquidaciones negativas, fue porque la entidad financiera disponía de cuentas en las que cargar las cantidades, lo que se realizaba por la entidad abstracción hecha de todo consentimiento de los demandantes.

Séptimo: Por las razones expuestas y como ya se anunció se desestimaré el recurso interpuesto, lo que ha de acarrear la imposición de las costas a la parte apelante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados,

F A L L A M O S

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por BANCA CÍVICA, S.A., contra la sentencia de fecha diecisiete de abril de dos mil doce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número seis de Cerdanyola del Vallès en el proceso mencionado en el encabezamiento, confirmamos dicha sentencia, con imposición de las costas a la recurrente y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su

procedencia, con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (si el recurso presenta tal interés conforme a la ley) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste último si se presentare conjuntamente con el primero. Deberán ser interpuestos, en su caso, ante esta Sección, en el plazo de veinte días, constituyendo el depósito correspondiente. Conforme a la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del Parlamento de Cataluña, si hubiese de fundamentarse el recurso, aunque sea en parte, en infracción del ordenamiento jurídico catalán, cabría recurso de casación, en caso de apreciarse contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del antiguo Tribunal de Casación de Cataluña, o por falta de dicha jurisprudencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.