

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE
BARCELONA**

SECCIÓN UNDÉCIMA

ROLLO Nº 5/2013

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 458/2011
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 29 BARCELONA

SENTENCIA Nº 244/15

Ilmos. Sres.

Francisco Herrando Millan (Presidente y Ponente)
del Mar Alonso
Antonio Gomez Canal

En Barcelona, a 30 de septiembre de 2015.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 458/2011 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 29 Barcelona, a instancia de Dña. Y contra . CAIXABANK S.A. , los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia dictada en los mismos el día 31 de julio de 2012, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMO integramente la demanda interpuesta a instancia de D. y Dña. representados por el Procurador Dña. Joana Miquel Fageda, asistido de su Abogado D. Arcadi Sala

Planell, contra Caixabank SA., representada por el Procurador D. Ramón Feixó Bergada y asistido por el Letrado. D. Francesc Torres Vallespí y DECLARO LA NULIDAD del contrato de permuta financiera firmado con la demandada de fecha 24 de septiembre de 2008 y de sus documentos adjuntos anexo y anexo II, de idéntica fecha anterior Y DECLARO LA NULIDAD de las liquidaciones practicadas y que, en su caso, se practiquen en virtud de la cobertura de dicho contrato, debiendo devolverse a cantidad de 1301'06 Euros con sus intereses, correspondientes a las cantidades pagadas por los actores a consecuencia de las liquidaciones practicadas así como las que en s caso se sigan devengando con posterioridad, y que se fijen en ejecución de sentencia y CONDENO a Caixabank SA reintegre las cantidades referentes a intereses por descubierto y comisiones que se devenguen por impagos de cuotas. Se imponen las costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por CAIXABANK S.A. y dado el oportuno traslado a las demás partes se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 8 de julio de 2015.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Magistrado D. Francisco Herrando Millan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Promovió la parte actora las presentes actuaciones suplicando la nulidad del contrato de permuta financiera de intereses de 24-92009 y anexos; la nulidad de las liquidaciones practicadas y devolución de la cantidad de 1.301,06 euros pagados, así como la nulidad y devolución liquidaciones posteriores. Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, compareció en tiempo y forma contestando a la demanda y suplicando su desestimación (f. 444 T-II). Tras los trámites procesales pertinentes se dictó sentencia estimando la demanda. Contra la sentencia se alzó la mercantil demandada.

SEGUNDA.- Se admiten y dan por reproducidos los hechos y fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

TERCERO.- El primer motivo del recurso, alegación segunda (f. 767 vtª y ss.) fue mantener que no era aplicable al contrato la normativa recogida en la LMV, ni MIFID, pues no era un contrato de inversión o especulación, sino de cobertura del tipo de interés del préstamo hipotecario. Para la adecuada resolución es preciso resaltar los siguientes hechos probados: los actores y demandada suscribieron una escritura pública de novación el 24-9-2008, nº 2338 del protocolo notaria del Sr. Recio del Campo (F. 30 y ss.); los actores son personas físicas, jubilado uno y vendedora la otra (f. 30); en la misma fecha 24-9-2008 suscribieron un contrato de permuta financiera de intereses (f. 46 y ss.); no consta ni se ha probado, que se les facilitase información previa sobre el producto contratado; el test (f. 47) no está cumplimentado; no consta prueba sobre la información contractual.

CUARTO.- Los actores son consumidores a tenor del art. 3 del TR. LGDC y U; art. 2 b D. 93/137CEE. Sentado el anterior calificativo, es preciso el examen respecto a la legislación aplicable. A tenor del art. 2.2 LMV, la misma es aplicable, entre otros supuestos, a los contratos de permutas, y de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos. Dado el contenido del contrato, permuta financiera de intereses, así como la evaluación de conveniencia y conocimiento de los instrumentos financieros (f. 47) todo ello en blanco la referencia expresa del contrato a la normativa MIFID, implica que por el profesional, la entidad demandada, admitió como acto propio, la aplicación de la normativa de la LMV. La aplicación de dicha normativa a los contratos de permuta financiera ha sido proclamada y doctrina sentada ya por el Tribunal Supremo en sus sentencia de 20-1-2014; 8-7-2014. Así mismo ya resuelto por este tribunal en los Rollos de apelación nº 759/12; 37/13; 237/13. Lo que lleva a la desestimación del motivo.

QUINTO.- Respecto al motivo del recurso del error como vicio del consentimiento contractual. A tenor del art. 1261 Cc. la concurrencia del consentimiento es uno de los requisitos esenciales para la validez de los contratos. El mismo se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato (art. 1262 Cc.). El requisito del consentimiento es nulo si se presta por error (art. 1265 Cc.), que debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre las condiciones esenciales que hubieren dado motivo para su celebración (art. 1266 Cc.). Se centra la apreciación del error en la falta de conocimiento por los actores respecto al contenido, efectos y trascendencia del contrato que suscribieron. Las entidades mercantiles están obligadas a la

información del producto ofertado, así como a la transparencia de la información a los clientes, a tenor de los arts. 79; 79 bis de la LMV. Dicha información debe extremarse cuando el cliente tiene la condición de minorista (art. 78 bis LMV), condición que ostentan los actores. Sin embargo no consta que la entidad demandada efectuase una información adecuada a los conocimientos de los clientes minoristas, pues para facilitar la información era preciso un test de conveniencia e idoneidad de los clientes, lo que brilla por su ausencia. Además la información no sólo debe ser imparcial, clara sino facilitada de manera comprensible, adecuada al cliente sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, que deberán incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (S.TS. 201-14). Lo que brilla por su ausencia en las presentes actuaciones. Difícilmente puede facilitarle una información clara, transparente a un cliente cuando se ignora su perfil. Por demás, aún es más increíble formalizar en idéntica fecha la escritura de novación y el contrato de permuta, alegando pero no probando, información previa a la firma de dicho contrato adecuada a los conocimientos y situación de los firmantes, jubilado y vendedora. Lo que lleva a la desestimación del recurso.

SEXO.- Respecto al conocimiento por la mercantil sobre la evolución de los tipos de interés, no es de recibo. Es un hecho claro la caída de los tipos de interés a finales del 2008 y años posteriores. La entidad bancaria tiene la obligación de mantener informados, en todo momento, a sus clientes, art. 79 bis. No consta que con anterioridad a la demanda, 8-4-2011, informase a los actores sobre la evolución a la baja de los tipos de interés. Lo que implica, además la infracción informativa adecuada a cada momento sobre la evolución del producto suscrito. Lo que lleva a la desestimación del recurso.

SÉPTIMO.- Se imponen las costas del recurso a la parte apelante, arts. 398; 394 LEC y disposición adicional 15 LOPJ.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la

representación procesal de Caixabank, SA. contra la sentencia dictada el 31-julio-2012 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 29 de Barcelona en las presentes actuaciones debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Las costas del recurso se imponen a la apelante con pérdida del depósito.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.



Missatge LexNet - Notificacio

Missatge

IdLexNet	201510080517175	
Assumpte	H- SENTENCIA 11 Procediment ordinari	
Remitent	Òrgan Judicial	SECCIÓN Nº 11 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Barcelona, Barcelona [0801937011]
	Tipus d'òrgan	AUD. PROVINCIAL (CIVIL / PENAL)
Destinatari	FEIXO FERNANDEZ-VEGA, RAMON [763]	
	Col·legi de Procuradors	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
	MIQUEL FAGEDA, JOANA [359]	
	Col·legi de Procuradors	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
Data-hora enviament	02/10/2015 08:59	
Adjunts	00429_20151002_0823_0013546346_01.rtf (Principal)	
	Hash del Documento: a97ff6be5f34f1fd7a862ad390ff47abb544246b	
Dades del missatge	Tipus procediment	FIC
	Nombre procediment	0000005/2013
	Detall d'esdeveniment	H- SENTENCIA 11

Història del missatge

Data-hora	Emissor d'acció	Acció	Destinatari d'acció
02/10/2015 15:40	MIQUEL FAGEDA, JOANA [359]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	EL RECULL	
02/10/2015 08:59	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	EL REPARTEIX A	MIQUEL FAGEDA, JOANA [359]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.

Referencias Procurador	
Mi Ref	7705
Cliente	y otro
Contrario	CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA "LACAIXA"
Abogado	ARCADI SALA-PLANELL Rbla Catalunya 79, 2º2a, 08007 BARCELONA