

**ST**

AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

**SEGURA TOLL**

procuradores desde 1904

T. 93 215 99 60 | 93 237 55 32

procuradores@seguratoll.com

Valencia 243-245 4-1 08007 BCN

SECCIÓ 15a

ROTLLER.

JUDICI ORDINARI

J. MERCANTIL 7 BARCELONA

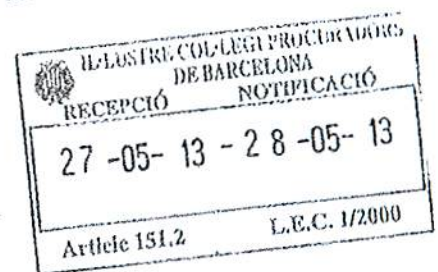
**SENTÈNCIA núm. 209/2013**

Magistrats:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

MARTA RALLO AYEZCUREN

LUIS GARRIDO ESPA



Barcelona, 21 de maig de 2013.

Vistes en grau d'apel·lació, davant la Secció 15a d'aquesta Audiència Provincial, les actuacions de judici ordinari número \_\_\_\_\_, del Jutjat Mercantil número 7 de Barcelona, seguides a instàncies del Sr. \_\_\_\_\_ representat pel procurador Sr. Francisco Toll Musteros i defensat pel lletrat Sr. Oscar Serrano Castells, contra CAIXABANK, S.A., representada pel procurador Sr. Ramon Feixo Fernández-Vega i defensada pel lletrat Sr. Francisco Torres Vallespi. Aquest tribunal coneix de les actuacions en virtut del recurs d'apel·lació interposat per CAIXABANK, S.A., contra la sentència dictada pel Jutjat el 29 de març de 2012.

## ANTECEDENTS DE FET

1. La sentència del Jutjat diu, en la part dispositiva:  
*"ESTIMO íntegramente la demanda formulada por D. Francisco Toll Musteros, en nombre y representación de D. DECLARO nulo el contrato de fecha 12 de agosto de 2008 y CONDENO a CAIXABANK, S.A. a que abone a la demandante la cantidad de 12.053,38 euros en cumplimiento de las obligaciones a que este procedimiento se contrae, más el interés legal devengado por esa cantidad y ello sin imposición de las costas procesales causadas."*
2. CAIXABANK, S.A. va interposar recurs d'apel·lació contra la sentència. Admès el recurs, les actuacions es van remetre a aquesta sala, un cop citades a termini les parts. Comparegudes aquestes, es van seguir els tràmits legals i es va assenyalar per votació i decisió el dia 24 d'abril de 2013.

Ponent: la magistrada Marta Rallo Ayezuren.

## FONAMENTS DE DRET

1. Caixabank, S.A. apel·la contra la sentència del jutjat mercantil que va estimar la demanda de nul·litat del contracte de permuta financera de tipus d'interès, signat amb el demandant Sr. el 12 d'agost de 2008. El Sr. magistrat va considerar, en síntesi, que l'entitat bancària havia incomplert els deures d'informació al client que la llei l'imposa i que això va provocar un error essencial i inevitable del Sr. , que va viciar el consentiment prestat.
2. *Fets no controvertits*  
Abans d'examinar els motius d'apel·lació, convé relacionar alguns fets rellevants sobre els quals no hi ha controvèrsia:
  - 1) El Sr. havia firmat dos crèdits hipotecaris amb la Caixa: el primer, de 19 d'octubre de 2005, per 210.000 euros, sobre un habitatge del carrer , d'aquesta ciutat; el segon, de 15 de maig de 2008, de 300.000 euros, sobre un habitatge del carrer de , també de Barcelona. Ambdues hipoteques s'havien contractat amb un tipus d'interès variable.
  - 2) El 12 d'agost de 2008, les parts van signar el contracte de swap, les condicions particulars d'interès del qual deien:
    - *tipo variable: euribor oficial*
    - *margen: 0,500%*
    - *importe notional inicial: 188.702,24 euros*
    - *cuota francesa aplicable: sí*
    - *meses: 324*
    - *amortización fija aplicable: no*
    - *tipo fijo: 5,653%*
    - *operaciones afectadas:*

- 3) El novembre de 2009, l'actor va rebre la primera liquidació negativa, de 589,99 euros. Abans havia rebut liquidacions positives per import global de 318,50 euros.
- 4) El dia 31 de desembre de 2009, l'actor va cancel·lar el swap, tot pagant a la demandada l'import que aquesta va calcular d'11.788,89 euros.

### 3. *Motius d'apel·lació*

En el recurs d'apel·lació, Caixabank al·lega que, dels fets provats en les actuacions, resulta que el Sr. \_\_\_\_\_ va rebre tota la informació necessària sobre el contracte de swap susscrit i va comprendre'n les característiques, la finalitat, l'abast i els riscos, per la qual cosa el consentiment no va ser viciat per error. Davant l'afirmació que Caixabank no va entregar informació documental escrita a l'altra part, l'entitat apel·lant manifesta: a) que no són d'aplicació la Llei 47/2007 ni el Reial Decret 217/2007, perquè el contracte examinat no és un producte d'inversió, sinó de cobertura d'un endeutament a tipus variable, raó per la qual seria aplicable la normativa pròpia dels productes bancaris; b) que, en qualsevol cas, la normativa del mercat de valors no exigeix entrega d'informació documental per escrit; c) que, fins i tot en el cas, negat per la recurrent, que s'hagués incomplert l'entrega d'informació documentada, el Sr. \_\_\_\_\_ va comprendre la finalitat del producte, com va reconèixer la seva dona en la declaració testifical i el mateix interessat, quan va reclamar a l'oficina la cancel·lació anticipada del contracte abans que es produïssin liquidacions negatives.

El recurs s'estructura en un seguit d'apartats:

- i. Sobre les notes definitòries del contracte de permuta financera de tipus d'interès formalitzat per a la cobertura d'endeutaments a tipus variable, amb referència especial a la legislació aplicable i a la inexigibilitat d'informació escrita en la fase precontractual, amb referència a anteriors sentències d'aquesta Secció 15a.
- ii. Sobre els fets provats en les actuacions.
- iii. Sobre la capacitat del demandant per comprendre el contracte.
- iv. Sobre la falta dels requisits per apreciar error en el consentiment.
- v. Sobre la validesa del model de contracte de permuta financera d'interessos de Caixabank.
- vi. Sobre la inviabilitat de pretendre la nul·litat del contracte pel seu resultat.
- vii. Sobre altres qüestions (confirmació/convalidació/purificació del contracte i sobre la renúncia d'accions després de la resolució per dissentiment mutu).

### 4. *Normativa aplicable al contracte*

Atesa la sistemàtica del recurs, tractarem, en primer lloc, de la normativa aplicable al contracte de permuta financera de tipus d'interès firmat per les parts el 12 d'agost de 2008.

Caixabank nega l'aplicabilitat de la Llei del mercat de valors (LMV) a les permutes financeres que, a diferència de les de caràcter especulatiu, tenen una funció de cobertura per la vinculació amb un producte bancari específic, com seria el cas en examen. Invoca l'article 79 quater LMV; l'Informe del Banco de España sobre determinades clàusules presents en els préstecs hipotecaris, de 7 de maig de 2010, sol·licitat pel Ple del Senat en moció de 23 de setembre de 2009 (Boletín



A les entitats que presten serveis d'inversió són aplicables les normes de conducta dels articles 78 i següents LMV. L'obligació d'informació, clau en aquest litigi, es regula amb cert detall en l'article 79 bis.

Caixabank sosté que, per efecte del que disposa l'article 79 quater LMV, aquesta llei no resulta aplicable. L'article 79 quater diu: *"Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación 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."*

En primer lloc, per les dades de fet exposades en l'apartat anterior, és dubtós que el contracte en examen, d'agost de 2008, s'oferís pròpiament com a part del préstec hipotecari atorgat davant notari tres anys abans, l'octubre de 2005. Ja hem observat que en el swap no hi ha cap referència al préstec, excepte el número 9320.01.1073826-36 (un dels molts números que figuren en el full de condicions particulars, amb els números de contracte, de compte, d'import nocional, CIF, data i tipus d'interès). La duració d'un contracte i l'altre és diversa. El swap estableix, en la clàusula general 8, que les parts reconeixen expressament que aquest contracte constitueix una relació negocial autònoma, principal i independent de qualsevol altre contracte. Qüestió diferent és que el fet que la hipoteca s'hagués pactat a un tipus d'interès variable constituís la motivació de les parts en atorgar el swap.

Però, si prescindim de l'objecció anterior, n'apareix una de més abast, perquè la part apel·lant no aclareix quina seria la normativa aplicable en lloc de la LMV, és a dir, quines serien aquelles altres disposicions de la legislació comunitària o estàndards europeus comuns per a entitats de crèdits i per a l'activitat de crèdit al consum, referents a la valoració de riscos dels clients o als requisits d'informació, que haguessin de ser aplicades per comptes de la normativa de la LMV. No considerem que es compleixi el pressupòsit de l'article 79 quater amb simples disposicions administratives a les quals al·ludeix la part demandada quan es refereix a les normes d'ordenació i disciplina dictades a l'empara de l'article 48 de la Llei 26/1988, de disciplina i intervenció de les entitats de crèdit, que faculta al Ministre d'Economia i Hisenda perquè determini la informació mínima que les entitats de crèdit han de facilitar als clients. Seria paradoxal que els subscriptors de swaps de cobertura d'endeutament tinguessin, en matèria d'informació per contractar, uns estàndards de protecció inferiors als dels swaps de caràcter especulatiu.

7. Caixabank invoca el comunicat conjunt del Banco de España i la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 20 d'abril de 2010, segons el qual, *"en todos aquellos supuestos de vinculación del derivado con un producto/s bancario/s concretos, únicamente se exigirá para su comercialización el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa bancaria"*. Però, com hem dit en alguna ocasió anterior (sentència de 10 d'abril de 2013), el comunicat no desvirtua la conclusió anterior.

Primer, perquè els raonaments i les conclusions continguts en el comunicat han de contextualitzar-se. La finalitat perseguida pel document és, com exposa reiteradament des de l'encapçalament, la *"Delimitación de competencias de la*

*CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura*”: “la presente nota tiene por objeto delimitar los casos en los que las competencias supervisoras y de resolución de reclamaciones que afectan a instrumentos financieros derivados de cobertura de riesgos de tipo de interés o divisa corresponden a la CNMV o al Banco de España”. És a dir, l’abast del comunicat es contrau a l’intent de perfilar quan serà competent un o l’altre dels organismes administratius per supervisar i resoldre reclamacions en aquest àmbit.

En segon lloc, perquè, encara que la finalitat del comunicat fos una altra, sense desconèixer l’interès del criteri mantingut per aquestes institucions especialitzades, el tribunal, sotmès a l’imperi de la llei, quan jutja la validesa d’uns contractes, no pot eludir els deures d’interpretació i aplicació de la norma legal al cas i substituir-los per una incorporació acrítica de la interpretació d’organismes administratius. Això és aplicable també a l’Informe del Banco de España sobre determinades clàusules presents en els préstecs hipotecaris, de 7 de maig de 2010.

8. Pel que fa a l’article 19 de la Llei 36/2003, de mesures de reforma econòmica, relatiu a instruments de cobertura del risc de tipus d’interès dels préstecs hipotecaris, citat també per la part apel·lant en defensa de la seva tesi, cal afegir al que hem dit abans que el precepte no eximeix l’entitat bancària del deure d’informar sobre els riscos inherents al producte de cobertura proposat. Ben al contrari, exigeix que les característiques dels instruments de cobertura es facin constar en les ofertes vinculants i en la resta de documents informatius.
9. En favor de la no aplicabilitat al cas de les obligacions d’informació previstes a la LMV, la part apel·lant cita la sentència d’aquest tribunal, de 26 de gener de 2012 (número 25/2012) Ara bé, no només difereixen els fets rellevants en aquell cas i en l’actual, sinó que el raonament d’aquella sentència remarcant per Caixabank, segons el qual, “*el contrato de permuta de tipos de interés, clip o swap, está incluido expresamente en el ámbito de aplicación de la LMV por así disponerlo su art. 2, y en este caso no está justificada la excepción a la aplicación de las obligaciones de información conforme al art. 79 quáter, ya que está admitido que el clip objeto de la demanda no está vinculado a un producto bancario concreto*”, no va tan enllà com pretén el recurs en examen.

La falta del pressupòsit de l’article 79 ter LMV, consistent en que el servei d’inversió (el swap) s’hagués ofert com a part d’un producte financer subjecte a altres disposicions, era suficient per rebutjar l’exclusió i feia innecessari examinar què succeiria en el cas de vinculació. En sentències anteriors d’aquesta Secció en les quals hem apreciat aquella vinculació (entre d’altres, 25 de febrer de 2012 i 10 d’abril de 2012); hem estimat aplicable al cas els articles 78 i següents de la LMV i, en concret, l’article 79 bis, sobre les obligacions d’informació.

10. Per tancar la qüestió de l’aplicabilitat de la LMV, hem d’acudir als actes propis de la part demandada, en el moment del contracte de permuta financera. Amb el swap, el 12 d’agost de 2008, les parts van firmar dos documents annexos confeïts per l’entitat financera (f. 351 i ss.), amb els títols “Avaluació de la conveniència” i

“Addenda sobre instruments financers”, que contenen referències constants a l’aplicació de la normativa MiFID i als deures que, en virtut d’aquella normativa, ha de complir La Caixa en el cas concret, incloent-hi, naturalment, alguns previstos en l’article 79 bis LMV. No creiem que calguin més comentaris respecte de la qüestió.

11. L’article 79 bis LMV estableix, en l’apartat 1: *“Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.”* En l’apartat 2 afegeix: *“Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa.”*

Article 79 bis. 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”.*

Apartat 7: *“Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior [d’assessorament en materia d’inversions o de gestió de carteres], 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 adecuado para el cliente.*

*Cuando, 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.*

*Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.*

El Reial Decret 217/2008, de 15 de febrer, que desenvolupa la norma legal, conté, en el títol IV, les normes de conducta aplicables als qui prestin serveis d’inversió. L’article 62 regula els requisits generals d’informació a clients:

1. *Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes minoristas, incluidos los potenciales, la siguiente información, con antelación suficiente a la celebración del contrato de prestación de servicios de inversión o auxiliares, o a la propia prestación del servicio, cuando éste sea anterior a aquel:*

a) Las condiciones del contrato;

b) La información exigida en el artículo 63 en relación con el contrato o con los servicios de inversión o auxiliares.

2. Las entidades deberán proporcionar a los clientes minoristas, incluidos los potenciales, la información exigida por los artículos 63 a 66 con antelación suficiente a la prestación del servicio en cuestión. En el caso de clientes profesionales, la información a suministrar será la exigida en los apartados 5 y 6 del artículo 65.

Asimismo, deberán notificar con suficiente antelación cualquier cambio importante en dicha información que resulte pertinente para un servicio que se esté prestando al cliente en cuestión.

3. La información exigida en los apartados anteriores deberá proporcionarse en un soporte duradero o, a través de una página web, siempre que en este segundo caso, cuando no se den las circunstancias para considerarla como soporte duradero, se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 3.2. La notificación de los cambios en la información proporcionada a la que hace referencia el párrafo segundo del apartado anterior deberá proporcionarse en soporte duradero, cuando éste se utilizó para la remisión de la información a la que aquella hace referencia.

Compartim la consideració del jutge mercantil que les normes transcrits exigeixen, en la fase precontractual, l'entrega de documentació informativa amb antelació suficient.

## 12. Valoració de la prova

El recurs titlla de contradictòria la valoració pel jutge de la declaració testifical de la Sra. \_\_\_\_\_, directora de l'oficina de la demandada on es va firmar el swap.

Segons la recurrent, la sentència conclou que no ha quedat acreditat que el Sr.

\_\_\_\_\_ rebés informació sobre el sentit, la finalitat, l'abast i els riscos del contracte i, en canvi, recull com a certes les afirmacions de la Sra. \_\_\_\_\_ relatives a la

preocupació del demandant pel possible increment de la quota del préstec hipotecari, les diverses converses mantingudes i l'ofertament per la directora de l'oficina d'algunes opcions al Sr. \_\_\_\_\_, entre les quals el contracte de permuta de tipus d'interès.

No compartim l'al·legació. El Sr. magistrat deixa ben clar que, com s'ha posat de manifest en plets similars, en defecte d'altres proves, resulta impossible conèixer quin va ser el contingut de les converses mantingudes entre el Sr. \_\_\_\_\_ i la Sra.

\_\_\_\_\_, i, en particular, quina va ser la informació que aquesta va oferir a l'actor sobre el swap contractat. El jutge concreta que no consta que es donés al demandant informació sobre l'element d'aleatorietat definitori de la permuta financera, és a dir, del risc que, davant d'una baixada de tipus d'interès, el client hauria de pagar més diners o que no es beneficiaria de les baixades del tipus d'interès de referència en cas de produir-se. Certament, el fet que el Sr. \_\_\_\_\_ tingués preocupació per l'augment dels tipus i en parlés amb la directora de l'oficina abans de firmar el contracte no permet establir el contingut de la informació facilitada per l'entitat bancària.

El jutge invoca la normativa sectorial que hem citat abans, que exigeix una documentació precontractual escrita (en un suport durador, diu la norma), adreçada

a oferir més seguretat i garanties al consumidor per tal que adopti una decisió amb ple coneixement del producte i, sobre tot, dels riscos que porta aparellats.

13. En aquest punt hem d'acudir a algunes regles legals de valoració de la prova. Pel que fa a la declaració de l'empleada de Caixabank, Sra. \_\_\_\_\_, cal puntualitzar que la declarant va ser cridada al judici per la part actora, en la condició de representant legal de la demandada, mentre que Caixabank la va proposar com a testimoni. En l'acte del judici, amb l'anuència de les parts, és tractada com a representant legal de Caixabank (es troba dins la sala des d'un principi, no fa jurament o promesa, no se li adrecen les preguntes generals de la llei).

S'ha d'aplicar, per tant, l'article 316 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), conformement amb el qual, si no ho contradiu el resultat de les altres proves, en la sentència s'han de considerar certs els fets que una part hagi reconegut com a tals si hi ha intervingut personalment i la seva fixació com a certs li és completament perjudicial (apartat 1). En la resta, els tribunals han de valorar les declaracions segons les regles de la sana crítica (apartat 2).

Si es considerés que es tracta d'un testimoni, seria aplicable l'article 376 LEC, que exigeix als tribunals valorar la força probatòria de les declaracions dels testimonis d'acord amb les regles de la sana crítica, prenent en consideració, entre d'altres, les circumstàncies que concorrin en ells. La condició de la Sra. \_\_\_\_\_ d'empleada de Caixabank i el fet que sigui a ella a qui resultaria imputable, en bona mesura, el dèficit informatiu que la part demandant al·lega, no la situaria, tampoc com a testimoni, en la millor posició des de la perspectiva d'imparcialitat i d'objectivitat.

No comptem amb la declaració en judici del demandant Sr. \_\_\_\_\_. La part demandada, única a la qual la LEC vigent permet cridar-lo a declarar, ha considerat convenient no fer-ho. De manera que, amb minva del contradictori, hem sentit només una versió de les converses mantingudes sobre el swap, la versió de la Sra. directora de l'oficina bancària, segons la qual, va informar el client amb detall. No s'ha pogut escoltar directament del Sr. \_\_\_\_\_ què li van dir i què va entendre –per valorar-ho, òbviament, segons l'article 316 LEC-, sinó que hem escoltat la seva contrapart explicant, amb el grau de subjectivitat inevitable, què creu que va entendre el Sr. \_\_\_\_\_ o si va percebre que ell era conscient de les característiques del que firmava.

En qualsevol cas, en el context de les al·legacions enfrontades de les parts, les manifestacions de la Sra. \_\_\_\_\_, tot i que versemblants, no permeten per si soles tenir per acreditada una informació precontractual suficient.

14. Tampoc aporta dades útils la declaració testifical de la Sra. \_\_\_\_\_ esposa del Sr.

—proposada com a testimoni per l'actor—, que no va tenir intervenció en el swap, segons afirma la directora de l'oficina. Amb dubtes i contradiccions, la testimoni, anys després del contracte i de la pluralitat de reclamacions extrajudicials que ha generat, declara repetidament que van oferir el producte al seu marit com una assegurança contra les pujades dels tipus d'interès del préstec hipotecari; contesta afirmativament quan se li pregunta si es tractava de convertir el tipus variable de la

hipoteca en tipus fix, però afegeix, en canvi, que no sabia ni es va informar que si baixaven els tipus d'interès pujarien les quotes del swap.

Caixabank també sosté que el Sr. [redacted] tenia coneixements sobre aquest tipus de derivat, degut a que algun familiar de la seva esposa havia contractat un swap. De la declaració de la testimoni no s'extrau aquesta conclusió. Interrogada sobre si els seus pares tenien una permuta financera de tipus d'interès, pregunta al lletrat si una permuta financera és això mateix (referint-se al contracte objecte d'aquest judici); un cop aclarit, manifesta que sí, però ignora si va ser anterior o no a la contractada pel Sr. [redacted] i diu que van saber-ho (que tenien un producte d'aquesta mena) quan van començar a parlar del tema. Preguntada sobre quantes converses van tenir el Sr. [redacted] amb la Sra. [redacted] sobre el swap, manifesta que només una, el dia de la firma.

### **15. Falta d'informació**

Com hem dit en casos anteriors (entre els quals, sentències de 12, 15 i 25 de febrer i 10 d'abril de 2013), recau sobre l'entitat bancària la càrrega de provar que ha donat al client la informació que permeti prestar un consentiment no viciat. Així resulta d'aplicar l'article 217.7 LEC. És el banc qui es troba en les millors condicions per acreditar que va facilitar la informació precontractual necessària i no es pot demanar al client la prova del fet negatiu de la falta d'informació.

La permuta financera i tots els annexos es van signar, segons la documentació aportada a les actuacions, el mateix dia, 12 d'agost de 2008. No s'ha acreditat –ni al·legat– que, abans de firmar el contracte, s'entregués al demandat fulls o documents informatius de cap classe. Tampoc no s'ha provat que es facilités verbalment la informació sobre l'abast de l'operació i, fonamentalment, sobre els riscos inherents al producte de cobertura proposat, en els termes de l'article 79 bis LMV. L'obligació d'informar sobre els riscos només es pot tenir per complida si s'adverteix el client dels efectes de la subscripció del contracte, sobre tot, en els escenaris que li són més adversos.

Arribaríem a la mateixa conclusió, de defecte d'informació, si ho examinéssim des de la perspectiva del Reial Decret 629/1993, que regula, en l'article 16, la informació a la clientela sobre les operacions realitzades i incorpora com a annex un Codi general de conducta dels mercats de valors, l'apartat 3 de l'article 5 del qual estableix que la informació a la clientela ha de ser clara, correcta, precisa, suficient i entregada a temps per evitar-ne la interpretació incorrecta i fent èmfasi en els riscos que cada operació comporta, molt especialment en els productes financers d'alt risc, de forma que el client conegui amb precisió els efectes de l'operació que contracta.

### **16. Error invalidant**

Tal com raona el jutge mercantil, el defecte d'informació no determina automàticament l'error en la prestació del consentiment. Cal valorar les circumstàncies del cas i ho fa la sentència impugnada. El demandant, metge neuròleg, no tenia coneixements específics sobre derivats o instruments financers, ni per formació ni per experiència. No havia contractat abans productes d'aquest tipus o similars. Els dos crèdits hipotecaris (anys 2005 i 2008) per adquirir sengles habitatges habituals successius, tenen una naturalesa diferent de la permuta

financera, la qual, com afirma la sentència del jutjat, s'havia posat en el mercat dels usuaris bancaris en dates relativament recents.

Compartim també l'anàlisi de la sentència impugnada sobre la definició del contracte en els documents signats. Sens perjudici que, com al·lega Caixabank, les autoritats administratives hagin avalat el model de document –que se suposa acompanyat de la informació precontractual preceptiva no acreditada en aquest cas–, la lectura de les condicions particulars, abans transcrits, no permet una representació de les característiques i els riscos del contracte. Quant a les condicions generals, no contenen informació dels riscos, sinó que la pressuposen, en la clàusula 12a, quan fan constar que la Caixa n'ha informat el client. En el context descrit, de falta d'informació precontractual, no són suficients les fórmules estereotipades mitjançant les quals el client manifesta, en el darrer moment, que ha estat informat: cal que, efectivament, hagi estat informat.

Per tant, considerem degudament fonamentada l'apreciació que la falta d'informació va produir error en el Sr. [redacted] sobre l'essència del contracte. No la desvirtua el fet, al·legat per Caixabank, que el demandant reclamés a l'oficina la cancel·lació anticipada del contracte abans que es produïssin liquidacions negatives. És obvi que, en algun moment anterior al litigi, el demandant va tenir consciència del que havia contractat, però l'error al·legat és el que va afectar el consentiment, a l'hora de prestar-lo.

La doctrina legal exigeix per tal que l'error sigui invalidant, no només que sigui essencial (que recaigui sobre la substància de la cosa que constitueix l'objecte del contracte o sobre les condicions de la cosa que principalment haguessin donat lloc a la firma, article 1266 del Codi civil), sinó també excusable (no evitable si s'utilitza una diligència mitjana o regular).

Sobre el caràcter excusable del error, és cert que el demandant podia haver demanat més informació i assessorament abans de subscriure el contracte i, fins i tot, si es considerava poc informat, no firmar-lo. La qüestió és que l'error rau precisament en la representació falsa que es coneixien les característiques del producte. La relació de confiança del client amb l'entitat bancària i amb la persona al front de l'oficina, que havia d'informar dels riscos, pot justificar que el demandant cregués que el producte nou que li era ofert –el coneixement dels swaps entre la clientela bancària no era aleshores tan ampli com ara, després dels efectes derivats de la caiguda dels tipus d'interès– resultava beneficiós per als seus interessos. En el context descrit, hem de considerar l'error excusable.

Quant a les actuacions posteriors al contracte, en concret, les liquidacions positives durant el primer any, per import global de 318,50 euros, ja hem dit que ni tenen incidència en l'apreciació d'error en el consentiment ni produeixen cap efecte sanatori de la ineficàcia del contracte. L'al·legació de renúncia d'accions en la resolució del contracte per dissentiment mutu no es va formular en contestar la demanda, sinó només en la segona instància. Per tant, la qüestió no va ser objecte de debat en el judici ni d'examen en la sentència del jutjat mercantil. La naturalesa revisora de la segona instància impedeix examinar-la en aquesta sentència (article 456.1 LEC).

Per les raons exposades, es desestima el recurs d'apel·lació.

### 17. Costes

Com exposa la sentència impugnada, la matèria jurídica objecte del litigi és objecte de resolucions de sentit no uniforme pels nostres tribunals. En conseqüència, malgrat la desestimació del recurs d'apel·lació, no imposarem tampoc les costes de la segona instància del judici (articles 398.2 i 394.1 LEC).

### DECIDIM

Desestimem el recurs d'apel·lació interposat pel Sr. \_\_\_\_\_, contra la sentència dictada pel Jutjat Mercantil número 7 de Barcelona, el 29 de març de 2012, en el judici ordinari número \_\_\_\_\_, seguit a instàncies del Sr. \_\_\_\_\_, contra CAIXABANK, S.A.

Confirmem íntegrament la sentència del jutjat.

No imposablem les costes de la segona instància del judici.

Contra aquesta resolució les parts legitimades podran interposar recurs de cassació i/o extraordinari per infracció processal, davant d'aquest tribunal, en el termini de 20 dies, de conformitat amb els criteris legals i jurisprudencials d'aplicació.

Ferma aquesta resolució, es tornaran les actuacions originals al Jutjat de procedència, amb testimoni per al compliment.

Així per aquesta sentència, de la qual s'unirà certificació al rotlle, ho pronunciem, manem i signem.