

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 LOGROÑO

SENTENCIA: 00143/2018

MURRIETA 45-47, BLOQUE C, PLANTA 1ª
Teléfono: 941296514, Fax: 941296578

Equipo/usuario: MGS

Modelo: N04390

N.I.G.: 26089 42 1 2018 0001139

JVB JUICIO VERBAL 0000207 /2018-B

Procedimiento origen: /

Sobre **RESTO.ACCIO.INDV.CONDIC.GNRLS.CONTRATAACION**

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN),

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE, MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Abogado/a Sr/a. ,

DEMANDADO D/ña. CAJA RURAL DE NAVARRA, S.COOP. DE CREDITO

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N.º 143/18

En Logroño a 14 de junio de 2.018.

Vistos por Doña María José Martín Argudo, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia N.º 3 de Logroño y su partido judicial los presentes autos de juicio verbal N.º 207/2018, ha dictado la presente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 05/02/2018 fue presentada en el juzgado decano, y fue turnada a este Juzgado la demanda que encabeza los presentes autos, interpuesta por la Procuradora Doña María Jesús Mendiola Olarte, en nombre y representación de la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), demanda de Juicio verbal en reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual, con la asistencia letrada de doña Gisela Bernaldez Bretón, contra Caja Rural de Navarra, basándola en los hechos que expone en el escrito presentado y que se dan por reproducidos y tras aplicar los fundamentos de derecho que estimó oportunos terminaba suplicando al Juzgado se dicte sentencia por que declare procedente la indemnización de € por los daños y perjuicios ocasionados a la asociada por el incumpliendo contractual en su deber de asesoramiento, incumplimiento de los deberes de información y existencia de conflicto de intereses por parte de Caja Rural de Navarra más intereses desde la producción del daño (artículo 1106 del código civil), con condena a la demandada el pago de las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- Tras la admisión de la demanda se dio traslado en legal forma. Por la parte demanda, se procedió a presentar contestación a la demanda representada por el Procurador don y asistido por el letrado don ; en la que tras las alegaciones de hecho y de derecho que estimó oportunos terminaba solicitando se dicte sentencia por la que se estime la excepción de caducidad planteada, o con estimación de las excepciones subsidiarias o, en su caso, tras la prueba se desestime íntegramente todos los pedimentos



formulados de contrarios absuelva la demandada, todo ello con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Por las partes en litigio de conformidad con el art. 438 de la LEC se interesó la celebración de vista, y se emplazó a las mismas para la celebración del acto del juicio, que tuvo lugar el día que consta en autos. Y tras la proposición y admisión en su caso de la prueba propuesta, quedaron los autos pendientes de dictar la presente resolución.

CUARTO.- En las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- I.-Por la parte actora se interpuso demanda de juicio verbal contra la demandada suplicando al Juzgado se dicte sentencia por la que se indemnice a la actora la cantidad de 4559,98 € por los daños y perjuicios ocasionados a su asociada doña , por el incumpliendo contractual en su labor de asesoramiento, incumplimiento de información, existencia de conflicto de interés por parte de Caja Rural de Navarra, más intereses desde la producción del daño, todo ello con imposición de costas.

Se alega por la parte demandante que se formula la demanda en nombre de la asociada de ASUFIN doña . Mantiene que en febrero del 2008 la actora se adhirió a las condiciones establecidas por Caja Rural de Navarra para la obtención de un préstamo hipotecario para adquisición de su vivienda habitual que se suscribió el 12 de febrero de 2008. Sostiene la demanda que el préstamo hipotecario estaba vinculado necesariamente a la contratación del producto llamado “seguro de interés” bajo el título Euríbor Plan Prever, descrito como un producto para cubrir el posible riesgo de subidas del tipo de interés; por lo que la actora lo suscribió sin pensar que iba a perder dinero contratándolo. Así mantiene que la demandada comunicó a la actora que los intereses iban a subir, y para evitar esas evidentes subidas del tipo de interés, que según los comerciales de la entidad iban a ser una realidad, la Caja Rural recomendó suscribir el producto Swaps Euríbor Plan Prever, con omisión del aviso de riesgo y su cuantificación para el caso de que los tipos de interés bajarán, como prevenían los operadores financieros. Sostiene que la parte actora tiene un perfil de consumidor minorista. El contrato concertado es complejo, siendo suscrito como condición necesaria para la concesión del préstamo hipotecario y con la recomendación de la entidad; así mantiene el contrato se suscribió dentro de una completa labor de asesoramiento financiero de la sucursal 0142 de Caja Rural de Navarra.

La demanda señala expresamente que la única explicación que recibió la actora es que “se trataba de un seguro para cubrir las seguras subidas del tipo de interés”. Mantiene así la demandante el incumplimiento de deber de facilitar al actora la información escrita sencilla, completa, clara y entregada a tiempo con explicación de los riesgos de la operación. Sostiene que el producto concertado swaps es inadecuado para un particular inexperto sin información sobre los riesgos de pérdida de capital. También alega la actora la existencia de un conflicto de intereses entre las partes como causa de incumplimiento, y el incumplimiento del deber de evaluación previa del perfil inversor del cliente.

Textualmente dice la demanda que la única información precontractual que se da a la actora consistió en la necesidad de que suscribir el contrato para poder concedérsele el préstamo hipotecario, y con el fin de asegurar una subida de interés, que según la entidad era segura. Mantiene en todo momento la parte demandante en su demanda que la actora suscribe el contrato, por la necesidad impuesta por la



hipoteca. También pone de manifiesto que se produjo la ausencia de previsiones y simulaciones de intereses a favor y en contra, por lo que no se pudo conocer el alcance del contrato que se concertaba. Se alega la existencia de un conflicto de intereses en la contratación al entender que sí el Euríbor bajaba el banco obtendría un importante beneficio, lo que hizo que la demandada ofertará masivamente este producto. También se alega igualmente el incumplimiento en la obligación de evaluar la conveniencia e idoneidad de la actora como cliente minorista, de conformidad con la normativa MIFID.

Como consecuencia de esta actuación de la demandada, sostiene la actora, se ha producido un daño derivado de su incumplimiento del deber de asesoramiento que debió calificar el producto como no adecuado para la actora, no debiendo nunca recomendar a la demandante la contratación del swaps y que ha generado unas pérdidas de 4559,98 €. Y manteniendo, la parte actora, una relación de causalidad entre el incumplimiento de los deberes de información y la indemnización de daños y perjuicios que se reclama. La parte actora clara en el acto de la vista que no está solicitando la anulabilidad del contrato por error vicio del consentimiento; sino una fusión de indemnización por incumplimiento contractual.

II.-Por la parte demandada en su contestación a la demanda solicita la desestimación de la misma con imposición de costas. Se alega por la parte demandada que existe defecto legal el modo de proponer la demanda por falta de determinación de las acciones que ejercita la actora. También se alega la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad del contrato de cobertura suscrito por la actora. Y se continúa alegando la excepción procesal de prescripción de la acción indemnizatoria al aplicar el plazo de tres años previsto en el artículo 945 del código de comercio.

Tras las numerosas cuestiones de carácter procesal la entidad bancaria alega que la actora -frente a lo que dice en su demanda- firmó la documentación contractual. Mantiene que las imputaciones de incumplimiento informativo se refiere a la fase previa de la contratación, que afectaría a una acción de vicio error caducada. Niega que se pudiera prever la curva del tipo de interés en aquel momento. Mantiene que en este caso la actora se interesó por la cobertura, no siéndole ofertada por la demandada; y que se concierta el préstamo hipotecario el 12 de febrero de 2008 y el 19 de febrero de 2008 es cuando se suscribe la orden de contratación de la cobertura; por lo que ambas relaciones contractuales no están vinculadas como alega la actora. Por otra parte el Euríbor en febrero del 2008 se encontraba el 4,24% siguió subiendo hasta septiembre de 2008 que se sitúa en el 5,38%; no siendo previsible la evolución posterior por la parte demandada. Se alega por la parte demandada que todos los documentos están firmados; aportando la actora su copia sin firmar. Señala asimismo que el 21 de febrero de 2008 la actora suscribe el contrato de confirmación de la operación de cobertura, donde se establece expresamente el nominal, las fechas de inicio y vencimiento, las fechas de liquidación y revisión de los tipos de interés, ratificando la orden anterior, y señalando igualmente las obligaciones de pago asumidas por las partes de forma



clara y sencilla. También alega la entidad bancaria que la actora formalizó el test de conveniencia (doc.5); y habiendo recibido las liquidaciones anuales.

La parte demandada viene a sostener la acción que realmente se ejercita es la de anulabilidad por vicio del consentimiento, la cual esta caducada. En su fundamentación jurídica en cuanto al cumplimiento de obligaciones y la responsabilidad contractual, acciones vinculadas a la fase precontractual, alega la parte demandada la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2014, número 5411/2014; y sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2017.

SEGUNDO.- I.- Defecto legal en el modo de proponer la demanda.

La parte demandada alega la existencia de defecto en el modo de proponer la demanda al entender que falta la determinación de las acciones, las partes y la petición que se deduce de la misma. Así mantiene que la actora no dirigido la demanda contra Banco Cooperativo Español sino contra la comercializadora, Caja Rural de Navarra. Alega en este orden que se ejercita una acción para proceder contractual y obtener indemnización por daños y perjuicios y que debería dirigirse contra la parte contratante y no contra la parte comercializadora. Manteniendo que la parte demandada no es parte en el contrato concertado; sin que la caja emitiera el producto por lo que no concurre conflicto de intereses. Señala en esta excepción procesal que la demandante mezcla supuestos de responsabilidad y de incumplimiento, por lo que al amparo del artículo 416.5 de la LEC la demanda adolece de falta de precisión en la determinación de partes y pretensiones que se ejercita; no constando con claridad el petitum. La parte actora se opone a dicha excepción procesal.

En relación con la excepción de "defecto en el modo legal de proponer la demanda" el Tribunal Supremo manifiesta en sentencia de 19 de mayo de 2000 (RJ 20003583), que cita la de 24 de mayo de 1982 (RJ 19822594) que «tiene declarado esta Sala, los requisitos de claridad y precisión de la demanda no tienen otra finalidad que propiciar que los Tribunales puedan decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación interesada, única manera de que la decisión, en vez de nula, sea necesariamente adecuada y congruente con el debate sostenido» (Sentencia de trece de octubre de 1910), y que "para cumplir con este requisito formal basta con que en la demanda se indique lo que se pide de modo y manera y con las características precisas para que el demandado pueda hacerse cargo de lo solicitado (sentencia de 7 de julio de 1924)"; siendo en la súplica de la demanda en donde, con la claridad y precisión que exige el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento , deben formularse las pretensiones objeto de la discusión.

La SAP Santa Cruz de 12 marzo 2007, Pte: Navarro Miranda, José Ramón indica: <<TERCERO.- En segundo término, para que pudiera prosperar la excepción opuesta por la parte apelante de defecto legal en el modo de proponer la demanda, sería preciso que no fuera en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor, o frente a que sujetos jurídicos se formulan las pretensiones, lo que no acontece en este caso, ya que la pretensión del actor está determinada con precisión absoluta, están claramente determinadas las partes litigantes y la pretensión deducida. A este respecto conviene recordar que la Sala Primera viene declarando (en este sentido la STS de 15 de noviembre 1999 EDJ 1999/32593 , STS de 12 de febrero 1999, entre otras muchas) que el defecto en el modo de proponer la demanda se refiere a "los requisitos de claridad y precisión en la demanda, lo que no tiene otra finalidad que la de propiciar que los Tribunales puedan decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación interesada, única manera de que la decisión, en vez de nula, sea necesariamente adecuada y congruente con el debate sostenido, y que para cumplir con este requisito formal basta con que en la demanda se indique lo que se pide de modo y manera y con las características precisas para que el demandado pueda hacerse cargo de lo solicitado". La demanda inicial de este litigio



reúne los requisitos formales exigidos que, como tales, su falta ha de ser interpretada en forma restrictiva, ya que en su suplico se explicitan de forma concluyente y claramente inteligible las pretensiones de las partes sobre cuyo contenido no se ha planteado duda alguna para la juzgadora de instancia.>>

En el presente caso no concurre el alegado defecto en el modo de proponer la demanda, toda vez que del contenido de la demanda, se alcanza a conocer con total claridad las pretensiones ejercitadas, de hecho la propia demandada formula contestación a la demanda y de ella se deriva que ha conocido la petición, partes y alegaciones de hecho y de derecho formuladas, en suma los requisitos y caracteres que son exigidos en toda demanda. Por todo ello se desestima la excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

II.- Se alega asimismo por la parte demandada caducidad de la acción de anulabilidad del contrato de cobertura suscrito por la actora.

Como cuestión de carácter procesal la entidad bancaria alegará caducidad de esta acción; al alegar que la acción de responsabilidad contractual aun cuando el contrato fue íntegramente cumplido el 27 de febrero de 2011 es un fraude de ley para salvar la caducidad de la acción por vicio del consentimiento. Y así la fecha de inicio de la operación de coberturas el 27 de febrero de 2008 y la fecha de finalización el 27 de febrero de 2011, por lo que han transcurrido el plazo de cuatro años de caducidad previsto en el artículo 1301 del código civil.

La parte demandante en el acto de la vista ha manifestado que nos ejercita una acción de nulidad relativa por vicio del consentimiento sin una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. En suma si la actora sostiene y reitera que no ejercita una acción de anulabilidad por vicio- error de consentimiento; esta acción nunca puede estar caducada porque no se ejercita como señala la demandante, se desestima esta excepción procesal.

III.-También invoca la demandada la excepción de prescripción de la acción indemnizatoria.

La parte demandada alega que la acción indemnizatoria está prescrita de conformidad con el artículo 945 del código de comercio que analiza la responsabilidad; así alega que Caja Rural de Navarra es parte comercializadora, concertándose el contrato con Banco Cooperativo; que la cobertura no es un producto emitido por la demandada sino producto contratado y emitido por Banco Cooperativo. Y así mantiene que la fecha de inicio del cómputo de la prescripción sería en el mejor de los casos febrero del 2011, estando previsto un plazo de tres años el cual habría transcurrido; manteniendo que este plazo de prescripción para exigir responsabilidad a los extintos agentes de bolsa resultan de aplicación a la exigencia de responsabilidad frente a la actual entidad que presta servicio de inversión.

La parte demandante sostiene que la acción que se ejercita de conformidad entre otras, con la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 17 de octubre de 2016 es una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumpliendo contractual, que tiene un plazo de prescripción de 15 años de conformidad con el artículo 1964 del código civil previsto para el resto de acciones personales, no siendo aplicación el plazo de prescripción del artículo 945 del código de comercio que examina la acción de responsabilidad de las sociedades de inversión, no siendo las entidades financieras sociedades de inversión.

La acción que se ejercita es de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, dentro del contrato de asesoramiento que alega la



actora, y así sostiene defectos de información en la fase precontractual, conflicto de intereses de la demandada; y la acción ejercitada no tiene el plazo de prescripción que alega la Caja Rural sino el plazo de las acciones personales, y en el presente caso de quince años.

La SAP de Valencia, Civil sección 7 del 16 de abril de 2018 (ROJ: SAP V 1418/2018 - ECLI:ES:APV:2018:1418), n1 160/2018, señala:

<<Así lo dice la reciente sentencia de esta Sección, dictada en el Rollo 609/2017 el 12-12-2017 , ponente D.JOSÉ ANTONIO LAHOZ RODRIGO en sus Fundamentos "... la acción de indemnización de daños y perjuicios se encuentra prescrita a fecha de interposición de la demanda, 10 de noviembre de 2016, de conformidad con los artículos 1968 y 1969 CC y artículo 28 Ley Mercado de Valores , y debe tomarse como fecha de inicio del cómputo prescriptivo la de la contratación de las obligaciones subordinadas y participaciones referentes desde el 2 de marzo de 1990 hasta el 11 de enero de 2005, individualizado a cada una de las fechas, y subsidiariamente, a la fecha del canje voluntario por acciones, efectuado el 30 de marzo de 2012, momento en el que las actoras fueron conscientes del presunto error en el que habían incurrido al contratar los productos. Por último, cita el artículo 28 LMV que establece un plazo prescriptivo de 3 años para la responsabilidad que deriva del folleto, que deberá computarse desde el canje obligatorio en fecha 30 de marzo de 2012.

El motivo se desestima, no solo porque la excepción de prescripción en relación a la acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios no fue planteada en la primera instancia, por lo que se trata de una cuestión nueva que excede del ámbito del artículo 456-1 LEC , sino también, porque no resulta aplicable el plazo del artículo 28-3 LMV al no ejercitarse la responsabilidad dimanante de la inexactitud del folleto, sino del deber de información, siendo el plazo aplicable el de 5 años de conformidad con el artículo 1964, reformado por la Ley 42/2015 , que modifica el plazo de 15 a 5 años, que se computara desde la entrada en vigor de la reforma, 5 de octubre de 2015, al haberse iniciado con anterioridad el plazo prescriptivo y de acuerdo con la jurisprudencia citada en el escrito de oposición al recurso el plazo de prescripción se inicia en el momento en que el titular del derecho tiene conocimiento de la lesión de su derecho, o debió tenerlo por exigencia de una diligencia básica, al efecto se señala el 21 de marzo de 2012..."

IV.- La última cuestión de carácter procesal alegada en la contestación a la demanda es la imposibilidad de entrar a conocer de un contrato previamente liquidado y extinguido; imposibilidad de declaración de incumplimiento, vicio o responsabilidad.

En cuanto esta cuestión procesal que alega en el folio 17 de su contestación a la demanda la parte demandada, no reúne los requisitos y características para ser considerada una cuestión de carácter procesal o impedimento procesal que como tal limita la entrada al conocimiento de fondo de la pretensión. Al contrario estas manifestaciones que realiza en dicho apartado son realmente argumentos de fondo que como tal son tenidos en cuenta en la resolución de la demanda ejercitada como cuestión de fondo.



TERCERO.- Debemos concretar el tipo de contrato que se celebró, su naturaleza y características y el marco histórico en el que surgen este tipo de contratos, determinar la legislación aplicable, y analizar los motivos de nulidad alegados y si, a tenor de todo ello, se dan o no en el caso concreto.

La permuta financiera en sentido amplio comprende una serie de productos financieros que dan lugar a flujos de pagos entre las partes contratantes en función de la evolución de un índice de referencia y normalmente con la finalidad de cubrir el riesgo de variación de dicho índice en relación con otras operaciones de préstamo o crédito. Dentro de estas permutas financieras podemos encontrar los swap (que pueden ser de diversas clases) o los collar. De hecho el término "swap" es una palabra anglosajona que significa canje o cambio en castellano. Por este motivo a veces se utiliza la palabra swap para referirse a todo tipo de permuta financiera, cuando en realidad es un tipo o clase de permuta.

El contrato litigioso es un producto financiero que pertenece al grupo de las denominadas permutas financieras por intercambio de intereses (swaps, según denominación inglesa), y en el presente caso tiene como finalidad dar cobertura al cliente que lo contrata frente a los riesgos que suponen las fluctuaciones de los tipos de interés variables de otros productos financieros que el cliente tiene contratados, (en este caso una hipoteca) persiguiendo con ello una estabilidad en tal coste financiero. Como ha puesto de manifiesto alguna jurisprudencia menor, en general, este tipo de acuerdos pueden nacer como contratos autónomos, pero también pueden configurarse como contratos vinculados a otras operaciones de pasivo. Concretamente, lo habitual en los swaps de intereses es que el importe nominal sobre el que se aplican los diferentes tipos de interés pactados, venga determinado por el importe del capital prestado por el banco al cliente en otra u otras operaciones de pasivo. De esta manera, el swap de intereses no se suele configurar como un contrato autónomo, sino un contrato vinculado a otro principal que es el contrato de préstamo o crédito, mediante el cual se modifica el pacto de intereses. La causa concreta de este tipo de swaps es, como se ha indicado, reducir los riesgos de las oscilaciones de los tipos de intereses y con ellos reducir los costes financieros de las operaciones crediticias, es decir, no es sencillamente la especulación. Por ello, han de vincularse esas operaciones, la operación de préstamo o crédito y la permuta financiera. Como señala la St. AP León de 14 de diciembre de 2011 *“en la mayoría de las ocasiones no se trata de contratos desligados a otros, sino que normalmente se ofrecen a los clientes como una forma de seguro ante las fluctuaciones de los tipos de interés y para cubrir los riesgos de dichas fluctuaciones respecto a otras operaciones crediticias que el cliente ya tiene contratadas con la entidad bancaria. La forma normal es que el cliente se posiciona como pagador variable, y tal circunstancia fue favorable mientras el Euribor tuvo una trayectoria alcista, pero en el momento en que la tendencia se invirtió, lejos de obtener el resultado ideado en un principio, las liquidaciones empezaron a ser favorables a las entidades financieras.”*

Dicho contrato cabe pues definirlo como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado, pero dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de aleatoriedad es una característica notable y diferenciada. Y si bien la finalidad general o normal es la posibilidad de que el cliente puedan cubrir o mejorar su deuda financiera, puesto que se conviene muchas veces sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable, ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción, otras veces, de estos contratos puede responder a una motivación de índole meramente especulativa. Según la doctrina científica, esta clase de negocio jurídico tiene las características de un **contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se**



establezcan hasta el vencimiento del contrato. El contrato contiene unas condiciones generales o contrato-marco, idénticas para todos los productos financieros susceptibles de contratación con la entidad bancaria demandada y unas condiciones particulares individualizadas para cada tipo de producto financiero.

Las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 20 de junio de 2011 y de 22 de julio de 2011 dicen que *“el contrato swap de tipo de interés (interest rate swap) es suscrito entre dos partes, usualmente un banco y una empresa, no excluyendo la intervención de un particular, e incluso entre dos empresas, que acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia (Principal nacional Amount) los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos sobre dicho nominal, a un plazo determinado. Tales coeficientes se denominan como es usual en el mercado financiero, tipo de interés, aunque no son tales, puesto que no existe préstamo del capital acordado que queda únicamente como "quantum" de referencia. La finalidad del contrato es posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las pérdidas que puedan padecer debido a las modernas y frecuentes fluctuaciones de los tipos de interés, de modo que siendo una empresa prestataria, por ejemplo, a tipo fijo y esperando una próxima caída generalizada de los tipos de interés pueda contratar con una entidad financiera un límite o "quantum" de idéntico importe a interés variable, por plazo conveniente, pactando que ésta última le pagará los diferenciales en caso de caer efectivamente los tipos, o bien por el contrario, obtener un tipo fijo, cuando se tiene suscrito un tipo variable presumiblemente desfavorable. El nominal de referencia ha de pactarse en una única moneda sin que exista transmisión alguna del mismo, sino sólo el intercambio de unos pagos parciales hasta una fecha determinada para la conclusión del contrato. Desde luego, puede pactarse una única liquidación final, que en cualquier caso se habrá de practicar compensando los créditos y deudas mutuos, como también ocurrirá en el supuesto de vencimiento anticipado, que podrá tener lugar por las causas habitualmente acordado, como son el impago de alguna cantidad parcial, la declaración del concurso u otra similar.”*

El carácter especulativo es resaltado por las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres de 18 de junio de 2010, de León de 22 de junio de 2010, de Zaragoza de 26 de octubre de 2010, e incluso, su relación con el seguro la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de octubre de 2010 dice que a pesar de que es atípica, no puede conceptuarse, ni constituirse como un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo como es el pago de la prima, artículo 1 de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, no obstante hay una nota de semejanza que es la finalidad de cubrirse los riesgos de la subida de los tipos de interés, y por ende de los mayores costes financieros. La St. AP Pontevedra 20.01.12 resalta el carácter especulativo de este tipo de contratos al indicar que *“tampoco se debe negar el carácter aleatorio y altamente especulativo, puesto que estamos ante una especie de "juego financiero" basado en la incertidumbre y aleatoriedad, algo ajeno a un contrato entre partes, ya que los contratantes simulan una especie de pago-cobro de intereses según evolucione el tipo básico de referencia. Por lo que estipulado el tipo fijo, la entidad bancaria se reserva el tipo variable, de forma que si éste último supera el fijo, la liquidación presentará un saldo a favor del cliente, mientras que será éste quien pague al banco si el tipo de referencia desciende por debajo del tipo final.*

Y ello enlaza con la propia naturaleza de estos contratos puesto que estamos ante contratos de adhesión, ya que se utilizan cláusulas de estilo, pero con pocas explicaciones para el cliente, sobre todo las consecuencias de la evolución de los tipos de interés. Y partiendo de que en dicho contrato no se ha producido realmente entrega de cantidad alguna entre las partes, siendo el capital de referencia meramente nocional, una cifra que sirve para realizar liquidaciones convenidas, lo que determina aún más la confusión en este tipo de contratos. Y precisamente la información desplegada por el banco es de vital importancia, sobre todo para resaltar el riesgo patrimonial del producto, debiendo destacarse por necesidad imperativa cual es el efecto gravemente perjudicial para el cliente que deriva de la bajada de los tipos de interés. Pudiendo decirse de manera inexorable que estos contratos funcionan con una determinada



finalidad mientras se produce la subida de los tipos de interés pero, tras cambiar la tendencia y bajar los tipos de interés, el producto crea de forma directa un riesgo mayor del que se pretende evitar, es decir, un gran desequilibrio, puesto que el producto incrementa el riesgo del cliente desproporcionadamente a la protección que le ofrece en caso de subida, convirtiéndose en altamente especulativo, y todo ello debe ir conjugado con una información muy detallada y comprensible.”

A la vista de la mecánica de este tipo de contratos como es el sometido a litigio, ese diferente tratamiento de lo que el banco cobra ("cliente paga") en relación con lo que el banco paga ("cliente cobra") es muy importante, ya que esto es la esencia del contrato litigioso, cuya naturaleza es precisamente la gestión de riesgos. **Resulta manifiesto que cuando el cliente contrata este producto se debe a que se le trasmite la idea de que al menos existe un equilibrio en el riesgo asumido y que las "reglas del juego" parten del equilibrio entre las partes. Ahora bien, en la realidad resulta, por un lado, que sólo el banco tiene la información adecuada, o, por lo menos, la capacidad de obtenerla, sobre la futura evolución de los mercados financieros y, por otro, que al determinar la liquidación, para calcular lo que el banco paga (cliente recibe) no se aporta fórmula alguna de cálculo, ni tramos para ese cálculo, sino que se hace una referencia, antes transcrita, genérica, imprecisa e indeterminada.** Si de lo que se trata es de asegurar un riesgo, y en particular asegurar para el deudor, en este caso de la hipoteca, un riesgo de subida de intereses, tiene que concurrir un contenido de seguridad y confianza que debe derivarse del propio clausulado del contrato, y de las explicaciones e información que dé la entidad financiera acerca de su naturaleza, operativa, riesgos, forma de hacer las liquidaciones, posibilidad de cancelación anticipada etc.

Por ello se considera que al ser un producto financiero complejo debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que **las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerando en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.**

CUARTO.- Debemos centrarnos en este momento en examinar la información general bancaria que debe transmitirse, y la normativa de aplicación a dicho deber de información.

El artículo 48.2 letra a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre *Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito* indica: Se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda: establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

En el artículo 78 bis de esta Ley se clasificaba a los clientes en profesionales, como aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos; y minoristas, aquellos que no son profesionales.

La Ley 24/1988 de 28 de Julio, del *Mercado de Valores*. En cuyos artículos 78 y 79 refieren que las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las instituciones de inversión colectiva, los emisores, analistas, etc. que ejerzan de forma directa o indirecta actividades relacionadas con los mercados de valores deben respetar determinadas normas de conducta, y entre ellas, comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del



mercado, y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre aquellos, manteniéndoles siempre adecuadamente informados.

El Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, que desarrollando las previsiones contenidas en la anterior Ley 24/1988, vino a imponer a las entidades de crédito la obligación de suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan, cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión; dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos; así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, 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, debiendo cualquier **previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.**

Este Real Decreto menciona en su *artículo 2 la obligación de observancia de un Código General de Conducta*, e incorpora como Anexo el *Código General de Conducta de los Mercados de Valores*, diciendo en su *artículo 5.1* que 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.

Esos deberes de actuar bajo los principios de transparencia, información y protección de los clientes minoristas han venido a ser reforzados por la reforma operada en la Ley 24/1988 por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, cuyo texto normativo tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva, y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. Llevó a cabo la transposición de la normativa MIFID (Directiva sobre Mercados e Instrumentos Financieros), y entró en vigor el 21 de diciembre de 2007.

En sus artículos 78 y siguientes se establece que quienes presten servicios de inversión deberán respetar las normas de conducta contenidas en la Ley, los códigos de conducta que apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta.

El artículo 78 bis califica a los clientes, y así: 1. A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. 2. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. 4. Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales.

El artículo 79 menciona la obligación de diligencia y transparencia: Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran



propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.

Y el artículo 79 bis regula la obligación de información.

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

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.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, 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 sean adecuados 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.

Esta norma se complementa con Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el *Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre*. *El Título IV ofrece las normas de conducta aplicables a quienes prestan servicios de inversión y su desarrollo lo dan los artículos 58 y siguientes*, con las siguientes denominaciones:



Contrapartes elegibles; incentivos; información imparcial, clara y no engañosa; información referente a la clasificación de clientes; requisitos generales de información a clientes; información sobre la empresa de servicios de inversión y sobre sus servicios destinada a clientes minoristas; información sobre los instrumentos financieros; requisitos de información con vistas a la salvaguardia de los instrumentos financieros o los fondos de los clientes; información sobre costes y gastos asociados; información sobre el servicio de gestión de carteras; información sobre los estados de instrumentos financieros o de los fondos de los clientes. Y por todo, y especialmente: Las entidades de prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. También se indica en su articulado que las entidades de inversión deben determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o servicio de inversión ofertado o demandado; y especialmente se indica que para hacer esa evaluación se tendrán en cuenta los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente; la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado; el nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

De ello se concluye que la tendencia del legislador ha sido, si cabe, más proteccionista de la clientela y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Y ello porque en definitiva las entidades son las que diseñan el producto, y las que lo ofrecen a su clientela, y deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión y estime si esta es adecuada o no, o si le conviene asumir esa situación de riesgo o no.

De todo ello se extrae, y debe ser valorado en el examen de la prueba, el deber de las entidades financieras de formalizar por escrito los contratos que celebren expresando en ellos con la necesaria claridad las obligaciones, deberes y derechos de los clientes. Y los contratos de permuta financiera imponen a las entidades diligencia y transparencia, y un especial deber de información sobre los productos que debe ser clara, precisa y proporcionada con carácter previo a su celebración.

Y en este orden de cosas la ley 47/2007 de 19 diciembre por la que se modifica la ley del Mercado de Valores y que introdujo en nuestro ordenamiento la directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida como MIFID marca una pauta no sólo continuista con la protección de la clientela sino que la implementa.

En el presente caso nos encontramos con un contrato complejo, que pese a la facilidad y sencillez que pretende la parte demandada, su grado de dificultad en entenderlo determina un aumento del nivel de exigencia de información hacia la entidad financiera que es que lo ofrece, siendo exigible una diligencia más allá de la de un buen padre de familia, siendo una diligencia más especializada y estricta, medida por la pericia profesional en el ejercicio de su arte.

La normativa citada exigente, al especificar la clase, contenido categoría de la información según la clase de cliente de que se trate; y así las clases de clientes pueden ser tres: A) clientes profesionales, b) contrapartes elegibles (son resumiendo entidades intermediarios financieros) y C) clientes minoristas: todo aquel que no es



cliente profesional y contrapartes elegibles, fundamentalmente la mayor parte de los clientes particulares y pequeñas y medianas empresas.

QUINTO.- Centrándonos en la acción ejercitada de indemnización de daños y perjuicios deben realizarse las consideraciones siguientes, en relación con la prueba practicada.

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), «(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros».

Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)», que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2015 (Pte: IGNACIO SANCHO GARGALLO) dice lo siguiente:

<<10. Jurisprudencia sobre el alcance del deber de recabar los test de conveniencia e idoneidad.

En la citada Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, condensamos la jurisprudencia sobre el alcance de los deberes de información y de los test de conveniencia e idoneidad. Por lo que respecta a los test de conveniencia e idoneidad, declaramos que: «sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

i) En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia, regulado en el art. 79bis. 7 LMV y los arts. 73 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero.

ii) En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad, regulado en el art. 79bis. 6 LMV y el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero.»>>

En la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 222/2018 de 17 de abril, casación 1952/2015 se sostiene que la práctica del test de conveniencia y la firma



del documentos predispuesto sobre el resultado “no conveniente” del test no exime al banco del exacto cumplimiento de sus deberes de información en la contratación de productos financieros complejos “Swaps). Esta sentencia del Pleno considera que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera porque prescinde de la importancia crucial de la información previa sobre los concretos riesgos de los swaps para, en cambio, poner el acento en la práctica del test de conveniencia y la firma prácticamente simultánea de un documento estereotipado y predispuesto por el banco que daba por facilitada la información. La Sala tiene en cuenta que el contenido del contrato no pudo suplir la falta de información, que se omitió la práctica del test de idoneidad, aplicable cuando el banco presta un servicio de asesoramiento financiero, como es el caso, y que el test de conveniencia dejó claro que las empresas no tenían experiencia previa ni conocimientos específicos en productos financieros complejos. En consecuencia, la Sala Primera estima el recurso de casación, casa la sentencia de la Audiencia Provincial y, en funciones de instancia, confirma la sentencia de primera instancia, que había declarado la nulidad de los contratos y había condenado a la entidad bancaria a reintegrar el saldo de las sumas percibidas durante su ejecución.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2016 (D. Rafael Sarazá Jimena) señala:

2.- La existencia de un servicio de asesoramiento ha sido correctamente determinada en primera y segunda instancia. Hubo asesoramiento en tanto que el cliente adquirió el producto estructurado porque le fue ofrecido por empleados de Renta 4. Como dijimos en la sentencia 102/2016, de 25 de febrero, y posteriormente en la sentencia 411/2016, de 17 de junio, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que la inversión se incluyera en un contrato de gestión de carteras. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea esta la que ofrezca el producto al cliente, recomendándole su adquisición.

3.- Es aplicable la normativa reguladora del mercado de valores. El art. 2 de la Ley del Mercado de Valores considera productos financieros sujetos a su regulación los contratos financieros a plazo que estuvieran referenciados a un subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquidaran y aunque no fueran objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

4.- En diversas sentencias (244/2013, de 18 de abril, 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio y 398/2015, de 10 de julio) hemos afirmado que el incumplimiento grave de los deberes de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero, en concreto los que el art. 79 bis 6 de la Ley del Mercado de Valores impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero, una vez determinada la relación de causalidad, puede constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por el cliente que consistan en la pérdida de valor de los productos de inversión adquiridos.

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa sobre el mercado de valores, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio, en el presente caso es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor del producto estructurado.

(...)En este tipo de litigios, tanto se hayan ejercitado acciones de nulidad del contrato por vicios del consentimiento como acciones de responsabilidad por daños causados por las deficiencias de la información suministrada, este tribunal ha afirmado que la clasificación de un cliente como minorista presupone su carencia de



conocimiento experto del mercado de inversión, pero que se trata de una presunción que puede desvirtuarse mediante prueba de que concurren determinados elementos.>>

El art. 63.1.g) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, conforme a la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, disponía lo siguiente:

«1. Se considerarán servicios de inversión los siguientes:

g) El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial».

Esta concepción del servicio de asesoramiento en materia de inversión constituye una trasposición de lo previsto en el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE, que lo define del siguiente modo:

«la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros».

Según la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), la valoración en cada caso de en qué medida un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión, debe hacerse no sólo con arreglo a esta definición, sino también a los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que la aclara: «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)», que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales.

De realizarse una labor de asesoramiento bajo la normativa MiFID requiere no ya del test de conveniencia, sino del de idoneidad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7, de 16 de abril de 2018, REC 101/2018 señala:

<<Así lo afirma la Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 2015 ya mencionada, en aplicación de la STS de 30 de diciembre de 2014, exponiendo " conforme al art. 1101 CC, el incumplimiento contractual puede dar lugar a una reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exige una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable. En este caso, el daño es la pérdida del capital invertido con la suscripción de las acciones preferentes por los demandantes por indicación del asesor del banco. No cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad ".>>



La reiterada doctrina jurisprudencial interpretativa del art. 1.101 C.Civil exige para que del incumplimiento contractual derive la obligación de indemnizar perjuicios a cargo del incumplidor para aquél en cuyo favor estuviese constituido el vínculo obligatorio la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Obligación constituida. b) Incumplimiento imputable al obligado. c) Consiguiente producción efectiva de perjuicios derivados precisamente de ese incumplimiento en relación causa-efecto (sentencias, entre otras, de 16-5-1979, 18-4-1980, 10-10-1990, 1-7-1995, 22-12-1995 y 24-6-1996). Así el art. 1.101 C.Civil para dar lugar a la responsabilidad contractual parte del indeclinable presupuesto de que se reconozca un comportamiento doloso, negligente, moroso o contraventor del deber de prestación que incumbe al deudor demandado por consecuencia de la relación jurídica contractual tanto en el aspecto subjetivo u objetivo (como, desde luego, en los casos de cumplimiento defectuoso), y de la evidencia de la producción de daños y perjuicios a consecuencia de la contravención del mencionado deber de prestación. Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 2-12-1989 ó 30-5-1995, la culpa o negligencia contractual se caracteriza por la omisión de la diligencia exigible cuyo empleo podría haber evitado el resultado dañoso y que debería acomodarse a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, según previene el art. 1.104 C.Civil.

La Sala Primera en su sentencia de 13/09/2017, rec. 242/2015, sentencia de pleno nº 491/2017 considera que la falta de información sobre los riesgos en la contratación de un producto financiero complejo puede dar lugar a una acción de nulidad o de indemnización por daños y perjuicios, pero no de resolución ya que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que el defectuoso asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento, es decir, opera en la fase precontractual y afecta a la formación de la voluntad contractual, mientras que la resolución operaría en una fase ulterior, la del desarrollo del contrato.

Y así señala en su fundamento de derecho tercero: << **TERCERO.- Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la formación del consentimiento. Régimen de ineficacia del contrato. Procedencia de la acción de anulabilidad, o de la de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, pero no de la de resolución contractual.**

1.- Según hemos afirmado con reiteración, existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión. Lo que en el caso concreto de la comercialización de participaciones preferentes se ha mantenido en las sentencias de esta sala 244/2013, de 18 de abril ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 489/2015, de 16 de septiembre ; 102/2016, de 25 de febrero ; 603/2016, de 6 de octubre ; 605/2016, de 6 de octubre ; 625/2016, de 24 de octubre ; 677/2016, de 16 de noviembre ; 734/2016, de 20 de diciembre ; y 62/2017, de 2 de febrero. 2 .- No obstante, el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.

Respecto del error, dijimos en la sentencia 479/2016, de 13 de julio :

«1.- En relación con las consecuencias de la inobservancia de las exigencias de información previstas en la normativa MiFID, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11 , Genil 48, S.L. y Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L., contra Bankinter, S.A. y BBVA, S.A., estableció que habrá que estar a lo previsto al efecto en los ordenamientos internos de los Estados miembros, al decir lo siguiente: «56. Mediante sus cuestiones segunda y tercera, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente



pregunta, en esencia, cuáles son las consecuencias contractuales que debe conllevar la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio en materia de inversión, de las exigencias de evaluación previstas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 . »57. A este respecto, procede señalar que, si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, ésta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transponen el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias. Pues bien, a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de julio de 2012, Littlewoods Retail y otros, C-591/10 , Rec. p. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada). »58. Por lo tanto, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 , respetando los principios de equivalencia y efectividad».

2.- Dada dicha remisión a nuestro ordenamiento jurídico, es cierto, como se afirma en el recurso, que es inconcuso doctrinal y jurisprudencialmente que la consecuencia de la apreciación de error en el consentimiento (en este caso, por inexistencia de información suficiente al cliente) debe dar lugar a la nulidad contractual y no a la resolución. Además de en las sentencias de esta Sala que se invocan en el recurso (14 de junio de 1988 , 20 de junio de 1996 , 21 de marzo de 1986 , 22 de diciembre de 1980 , 11 de noviembre de 1996 , 24 de septiembre de 1997), lo hemos dicho más recientemente en la sentencia núm. 654/2015 , de 19 de noviembre: «No cabe duda de que la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil, según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del artículo 1.301 del mismo texto legal , debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad relativa; y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento». Y en cuanto a los daños y perjuicios por incumplimiento, dijo la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre: «5 .- En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre , 397/2015, de 13 de julio , y la 398/2015, de 10 de julio , ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril , entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales «constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero. »

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente



minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes. **»De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.»** 6.- Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues el incumplimiento por Bankinter de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión».

3.- Es decir, aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265 , 1266 y 1301 CC . Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC , dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria. Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual.

4.- Como consecuencia de lo cual, al haber quedado firme el pronunciamiento relativo a la caducidad de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento y ser únicamente objeto de este recurso de casación la acción de resolución contractual por incumplimiento, el recurso ha de ser desestimado.>>

De las pruebas practicadas se acredita con el interrogatorio realizado a la actora, que la misma se dirigió a la sucursal de la demanda, con cuya entidad bancaria trabajaba desde antes en otra localidad, solicitando un préstamo hipotecario, y que fue la cliente la que pidió información a los empleados de la demandada sobre una cobertura, conocimiento previo que había recibido de una amigo de la actora. Sin embargo lo cierto es que el día 12/02/2008 concierta la actora un préstamo con garantía hipotecaria por un principal de 100.000 euros; y el 19/02/2008 se concierta la cobertura (Swaps) por importe nominal de 100.000 euros. Aun cuanto la actora acude a solicitar información, lo cierto es que se deriva un asesoramiento de la comercializadora sobre el producto; pues ninguna razón de ser a su contratación se aprecia fuera de la cobertura de las subidas de tipos de interés vinculada al préstamo con garantía hipotecaria concertado una semana antes.

En el presente caso no consta test de idoneidad realizado a la actora, ni consta la documentación que les entregó la entidad bancaria con carácter previo al momento de la contratación; desconociéndose cual fue y con que alcance la información recibida sobre el instrumento de cobertura que contrataba. No consta



información más allá de los documentos contractuales, así la declaración de la empleada de la entidad no permite conocer realmente la información que le facilitó, ni consta simulaciones gráficas realizadas en su caso. Las manifestaciones de la actora sobre su conocimiento del producto son vagas y no permiten declarar que ella por si misma conocía, al margen de la información recibida del banco, las reales características y riesgos del producto; ni la realidad de que podía llegar a parar al banco importes relevantes en la liquidación anual.

Por otra parte sosteniendo que se realiza una labor de asesoramiento por la demandada en este caso, se le realiza un test de conveniencia que arroja un resultado de No apto, y sin adoptar la demandada ninguna medida al respecto como reiterar o realizar la información clara del productor de cobertura que se iba a concertar. Por otra parte el test de conveniencia se realiza el mismo día de la contratación, por lo que difícilmente ante su resultado de no apto la demandada adoptó medidas de información en la contratación, pues no existe tiempo material para ello, y todo indica que se firman todos los documentos en unidad de actos. No constando la realización de test de idoneidad en este caso.

Así esta falta de información sobre el producto determina la acción u omisión causante del daño producido a la actora por la pérdida de sus expectativas de cobertura frente a la variación de los tipos de intereses, y dando por reproducido lo hasta aquí manifestado determina la estimación de la acción de indemnización de daños y perjuicios con condena a la parte demandada. Hemos de determinar el alcance de los daños causados y se fija, sin controversia para las partes, en 4.559,98 euros.

De conformidad con las prevenciones del código civil, art. 1101 y ss; en el presente caso la propia parte actora ha declarado en el acto del juicio que no formuló ninguna protesta o reclamación a los empleados de la sucursal bancaria, por lo que procede la imposición de los intereses legales respecto a la indemnización de daños y perjuicios declarada desde la fecha de interposición de la demanda, a saber el 05/02/2018, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576 de la LEC.

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 394 de la LEC, y la doctrina reiterada en materia de costas se establece que las costas de la primera instancia se impondrá a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal estime y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En atención a lo expuesto se imponen a la parte demandada las costas causadas en esta instancia al haber sido rechazadas todas sus pretensiones.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación procede:

FALLO

Se estima la demanda interpuesta por el/la Procurador/a de los Tribunales Sra. María Jesús Mendiola Olarte, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS, contra CAJA RURAL DE NAVARRA; en consecuencia se condena a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 4.559,98 euros en concepto de principal, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.





Se imponen a la parte demandada las costas causadas en esta instancia al haber sido desestimadas todas sus pretensiones.

Notifíquese esta resolución a las partes intervinientes. Dése cumplimiento al notificar la presente resolución a lo previsto en el artículo 248.4º LOPJ, contra esta resolución cabe recurso de apelación, a interponer en el plazo y forma previsto legalmente, ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial.

Así por esta mi resolución, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.- Doy fe.-

PUBLICACIÓN.- Publicada y leída que ha sido la anterior resolución en el día de la fecha, de lo que yo el/la Letrada/o de la Administración de Justicia, doy fe.-

