

JAIME GOÑI ALEGRE  
 Procurador de los Tribunales  
 Tel. 948.24.77.71 Fax. 948.24.77.71  
 Mi ref: A4078  
 Ldo.: D. CARLOS CIFRIAN LLANO Su Ref.:  
 Ref: APESTEGUIA URZAINQUI  
 Cliente: D. OSCAR APESTEGUIA URZAINQUI  
 Asunto: APELACION JUICIOS ORDINARIOS nº 214/2010  
 Juzgado: AUDIENCIA PROVINCIAL nº Sº 1ª

Sección: T

Proc.: **APELACIONES JUICIOS ORDINARIOS**  
 Nº: **0000214/2010**  
 NIG: 3120142120090009901  
 Resolución: Sentencia 000177/2011

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S A	MIGUEL LEACHE RESANO
Apelado	OSCAR APESTEGUIA URZAINQUI	JAIME GOÑI ALEGRE

## SENTENCIA N.º 177/2011

Presidente  
 D. FERMÍN ZUBIRI OTEIZA

Magistrados  
 D. JOSÉ JULIÁN HUARTE LÁZARO  
 D.ª BEGOÑA ARGAL LARA (ponente)

En Pamplona/Iruña, a 11 de julio de 2011.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala n.º 214/2010**, derivado del *Juicio Ordinarion.º 1939/2009*, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Pamplona/Iruña; siendo parte apelante, la entidad demandada **BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S A**, representada por el procurador D. MIGUEL LEACHE RESANO y asistida por el letrado D. JOSÉ MIGUEL FATÁS MONFORME; y parte apelada, el demandante **D. ÓSCAR** representado por el Procurador D. JAIME GOÑI ALEGRE y asistido por el Letrado D. CARLOS CIFRIÁN LLANO. Siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D.ª BEGOÑA

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ARGAL LARA.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 28 de mayo de 2010, el referido Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en Juicio Ordinario 0001939/2009 - 00, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: *«Que estimando como estimo íntegramente, la demanda formulada por don Jaime Goñi Alegre, procurador de los tribunales y de D. ÓSCAR contra BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL SA, representado en autos por el procurador don Miguel Leache Resano, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de operación de cobertura financiera objeto del presente procedimiento, con las recíprocas restituciones dinerarias que procedan, y todo ello con expresa condena en costas a la demandada».*

**TERCERO.-** Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S A, suplicando a la Sala: *«... dicte sentencia estimatoria de la apelación por la que se revoque la sentencia recurrida en el sentido de desestimar íntegramente la demanda formulada por el Sr. . Se condene expresamente al Sr. Apesteguía a las costas causadas en ambas instancias».*

**CUARTO.-** La parte apelada, D. ÓSCAR evacuó el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia, con imposición de costas a la apelante.

**QUINTO.-** Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a esta Sección Primera, en donde se formó el rollo de apelación n.º 214/2010, señalándose el día 30 de mayo de 2011 para su deliberación, votación y fallo.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a esta resolución.

**PRIMERO.-**La representación de Banco Cooperativo Español SA formuló recurso de apelación frente a la sentencia de 28 de mayo de 2010, alegando:

1.- Erróneas conclusiones que en el plano económico contiene la sentencia apelada y que son el presupuesto del fallo. El producto responde a la finalidad para la que fue contratado.

La sentencia de instancia concluye que el producto controvertido no cumplía con la finalidad, mitigar el riesgo de subidas de tipo de interés.

El producto controvertido se ofreció al Sr. \_\_\_\_\_ en cumplimiento de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre.

El funcionamiento del producto es sencillo. No hay duda del riesgo que el producto tenía, pues en caso de caída del euríbor por debajo del 4,40%, el cliente tendría que abonar al banco la cantidad correspondiente, y el riesgo era compatible con la finalidad del producto.

Las diferencias reseñadas en la sentencia en relación al producto, no impiden que cumpla su finalidad: falta de coincidencia exacta entre la fecha de revisión del interés aplicable al préstamo hipotecario y de la permuta; existencia de un suelo y un techo en el interés a pagar por la hipoteca, falta de coincidencia entre el nominal del préstamo hipotecario y el de la permuta, distinto plazo de vencimiento del préstamo y de

la permuta.

2.- Ausencia de error en el consentimiento. Infracción del art. 1266 del C. Civil, al establecer la sentencia la existencia de error en la consentimiento del Sr. en el momento de contratar el producto controvertido, porque no se le informó, ni el actor pudo conocer por sí mismo la compleja articulación entre permuta y el préstamo hipotecario, porque no se le informó de que la combinación de la permuta y el préstamo hipotecario puede no conducir a una efectiva cobertura o protección, dicha conclusión es errónea pues la validez del contrato quedó confirmada por una doble vía, al haber dejado pasar más de dos años desde la firma del contrato en el que la permuta ha estado en pleno funcionamiento y ha consentido durante este periodo de tiempo una liquidación negativa y otra positiva sin hacer reclamación de ningún tipo; y firmó el contrato sin hacer reserva u oposición alguna al producto.

La conclusión relativa a la insuficiente información al cliente, es errónea, pues no se desprende de las normas que regulan la actividad bancaria, y ninguna duda pudo quedarle al Sr. acerca del riesgo de pagar en caso de bajada de los tipos de interés, tras las explicaciones de los empleados de Caja Rural de Navarra.

El Sr. contrató en un contexto de crecimiento de tipo de interés y era consciente de que el producto tenía un coste de oportunidad y que no podría beneficiarse de bajadas de tipos de interés en ese préstamo hipotecario, puesto que sustituye el efecto de las subidas y las bajadas por una banda estable de tipos de interés.

Si hubiera error, sería vencible, pues el contrato es claro y sencillo, y solo a él imputable.

Si hubiera error invencible, no sería esencial, y en este caso el error no sería invalidante por recaer sobre elementos no esenciales del negocio.

Si hubiera error esencial, no podría haber sido

reconocido por Caja Rural de Navarra ni por Banco Cooperativo durante la contratación, ninguna de las dos entidades tenía el deber legal de actuar de modo distinto al que lo hizo; ha cumplido la normativa bancaria. La normativa MIFID no resulta aplicable al contrato controvertido, suscrito en mayo de 2007, porque la Ley 47/2007 de 19 de diciembre que incorpora la Directiva MIFID y modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio, de Mercado de Valores, no entró en vigor hasta el 21 de diciembre de 2007.

La normativa MIFID no es de aplicación a este tipo de productos, como lo ha confirmado la publicación de 20 de abril de 2010 de la resolución conjunta del Banco de España y la CNMV.

3.- El negocio jurídico ha sido válidamente confirmado durante la vigencia de los contratos. El contrato fue confirmado (doc. 5 demanda), el actor no se opuso a las liquidaciones practicadas, tanto positivas (mayo 2009), como negativas (mayo 2008). La confirmación del negocio extingue la acción de anulabilidad (art. 1309 del C. Civil) y puede ser expresa o tácita (art. 1311 del C. Civil).

4.- Petición subsidiaria: la cláusula 6.ª del contrato de confirmación permite extinguir anticipadamente el producto, pero con el pago del precio del mercado.

Suplica: estimación del recurso, revocación de la sentencia en el sentido de desestimar íntegramente la demanda y se condene a la actora al pago de las costas causadas en ambas instancias.

**SEGUNDO.**-Don Óscar , formuló demanda frente a Banco Cooperativo Español SA.

Alega en la demanda que el 25 de septiembre de 2006, junto con su esposa celebraron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con Caja Rural, a interés variable, capital 450.000 €, plazo 30 años, pactando que el tipo de interés no podrá ser nunca inferior al 2,50% anual (euríbor al 3,96% al

tiempo de la firma).

Caja Rural de Navarra le llamó e informó de la existencia de un producto, seguro, frente a posibles subidas de interés, y le ofertó el producto. El 11-5-2007, suscribió la oferta del producto «Euríbor Plan Prever», pero el contrato de cobertura fue otorgado con el Banco Cooperativo Español SA, aunque le fue ofrecido por Caja Rural; y firmó el contrato confirmación operaciones cobertura y el contrato marco, en el año 2008, aunque el banco ya había comenzado a ejecutarlo desde la solicitud.

Alega que es un producto de riesgo, compleja operación de cálculo, funciona de forma autónoma, doble tipo de interés; alega la aplicación de la Ley Defensa de Consumidores y Usurarios 26/1984; art. 90,2 R.D. Leg. 1/2007 de 16 de noviembre, arts. 1261, 1262, 1265, 1266 y 1303 del C. Civil, y suplica se declare la nulidad del contrato con las recíprocas restituciones dinerarias que procedan, y con carácter subsidiario, se declare que el demandante tiene derecho a apartarse anticipadamente del contrato, sin obligación de pago de penalización alguna al Banco demandado, declarando nula cualquier estipulación contractual que se oponga a ello.

El demandado se opuso a la demanda; y la sentencia de instancia concluye que la información facilitada por los empleados del banco fue insuficiente, a los efectos del art. 48,2 de la Ley 26/88, Directiva 2004/39, Decreto 2/7/2008 de 15 de febrero, y el documento 4, contiene una información incompleta o engañosa sobre los efectos, lo que conlleva la nulidad del contrato, dado que faltó el elemento esencial del consentimiento. Concurriendo un error sobre la sustancia de la que se contrataba, y dándose el error sustancial en los términos de los artículos 1265, 1266, 1300 y 1301 del C. Civil, estimando íntegramente la demanda.

**TERCERO.**-Reitera la parte recurrente en la alzada los motivos de oposición deducidos en su escrito de contestación a

la demanda.

Señala en primer lugar que la sentencia alcanza una conclusión errónea en el plano económico al afirmar que el producto controvertido no cumplía con su finalidad, que era la de mitigar el riesgo de las subidas de interés, y que el producto controvertido se ofreció al Sr. en cumplimiento de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre.

Como premisa para la resolución de la cuestión planteada por la recurrente, debe señalarse que ha resultado incontrovertido que Caja Rural de Navarra ofreció a su cliente el producto «Euríbor PLAN PREVER-5.7.E12», (doc. 4 de la demanda) cuyo contenido es el siguiente:

«El objetivo del Plan Prever es cubrir el posible riesgo de subidas de tipos de interés, dando la oportunidad de cubrir todo o parte del endeudamiento que la empresa tenga a tipo de interés variable, mediante un atractivo producto que combina un tipo fijo y un tipo variable bonificado si se producen determinadas circunstancias.

#### CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO

FECHA DE COMERCIALIZACIÓN: desde el 23/04 hasta el 16/05/07

INICIO DE LA COBERTURA: 21 de Mayo de 2007.

FECHA DE LA COBERTURA: 21 de Mayo de 2012.

FECHA DE REVISIÓN TIPO DE INTERÉS: ANUALES (siendo los días 21 de Mayo de cada año o el siguiente día hábil, en caso de que este sea inhábil en el mercado).

LIQUIDACIONES ANUALES (comenzando el 21 de mayo de 2008 y finalizando el 21 de mayo de 2010).

#### OPERATIVA DEL PRODUCTO

La operación consiste en un acuerdo con el Banco Cooperativo, por el cual el cliente se compromete a pagar el 4,40% y a recibir el euríbor 12 meses fijado en cada Fecha de revisión de

Tipo de Interés siempre que éste sea igual o inferior al 5%. En caso de que el euríbor 12 Meses en la Fecha de Revisión sea superior al 5%, el cliente recibirá una bonificación del 0,10% sobre el importe contratado durante ese año. El año siguiente y sucesivos se procederá con igual metodología a la siguiente observación, hasta llegar al 21 de mayo de 2011 donde se hará la última observación.

Si durante la vigencia de la cobertura la media aritmética de los tipos pagados por el cliente fuese superior a la barrera (5%), el cliente recibirá la diferencia entre este tipo medio pagado y la citada barrera, multiplicado por el número de años de la cobertura. (5 años).

Año de 1 al 5 euríbor 12m 4,40% euríbor 12m-0,10%  
5,00%

#### **MÁXIMO PAGADO POR EL CL 5,00%**

En el caso de que se suspenda, limite, interrumpa el mercado o que ocurriera cualquier otro hecho relevante durante el periodo de comercialización de este producto, y dichos hechos o acontecimientos modificasen de forma significativa la situación que existiría en el momento de realizar la oferta de este producto, el Banco podrá anular la oferta realizada con este Producto.

#### **VENTAJAS DEL PRODUCTO**

- Reduce el coste de financiación en caso de subidas del euríbor 12m por encima del 4,40%.
- Permite una cobertura genérica sobre el endeudamiento de la empresa
- En caso de que el euríbor se mantenga por debajo de la barrera el cliente se beneficiará durante todo el periodo de un tipo de interés muy cercano al actual euríbor 12 meses. Actualmente el euríbor 12m cotiza alrededor del 4,267%.
- La estructura ofrece una subvención del 0,10%, si se traspasa

la barrera fijada.

- Permite cubrir endeudamiento de la empresa formalizado con otra entidad financiera.
- Garantiza que el tipo medio máximo pagado por el cliente al final de la estructura no va a ser superior al 5%.»

El contrato de confirmación de operación de cobertura y el contrato marco de operaciones financieras (doc. 5 y 5 bis), del Banco Cooperativo Español, fueron mostrados y firmados por el Sr. Apesteguía en enero de 2008, aunque aquellos documentos aparecen sin la firma del demandante, y con la fecha 16 de mayo de 2007; cuyo contenido constituye una permuta del tipo de interés, IRS o SWAP, que es un contrato financiero atípico por el que el cliente y la entidad de crédito intercambian pagos de interés durante un periodo establecido.

El funcionamiento, señala el apelante, es sencillo, criterio acogido por el Juez a quo en la sentencia afirmando que la mecánica de la permuta financiera puede ser un tanto sencilla; pero lo que no resulta sencillo de comprender ni claro son las consecuencias, es decir, la correlación entre dicho producto y el préstamo.

En el presente supuesto, dicha conclusión se considera ajustada a la resultancia probatoria, pues basta comparar el contenido de la oferta del producto PLAN PREVER (que ninguna mención contiene a «permuta de tipo de interés», ni SWAP ni IRS), con los contratos (doc. 5 y 5 bis), posteriores a la ejecución de la oferta (doc. 4), para comprobar que la alegada sencillez solo puede referirse a la oferta, que no refleja la realidad del producto financiero que define la oferta y que ha sido aplicado.

Las diferencias reseñadas en la sentencia, comparativas entre elementos esenciales del SWAP y del préstamo hipotecario, sí afectan a su finalidad, pues no puede obviarse que la finalidad de lo contratado aparece en la solicitud de la operación, cuya información se concreta en la introducción a

los «posibles riesgos de subidas de tipo de interés», sin hacer alusión expresa a lo que sucedería en caso de que el interés bajara del 4,40%.

El contrato de confirmación de la operación de cobertura señala que «El objeto de este acuerdo es confirmar los términos y condiciones de la operación financiera acordada entre ambas partes con objeto de minimizar los posibles riesgos de tipos de interés», pero su contenido no confirma el de la solicitud ,pues recoge aspectos esenciales como el relativo a su cancelación anticipada que no figuraban en la oferta previa vinculante que fue la que en primer lugar comenzó a ejecutarse.

El funcionamiento del producto que la apelante califica de sencillo, ha exigido una prueba pericial por su parte, cuya conclusión no ha sido aceptada por el Juez a quo, entendiendo que parte de una premisa que no necesariamente es verdad, cual es que coincidan el tipo de interés en el momento de la revisión del préstamo y de la permuta financiera siendo en ambos casos el mínimo, lo que es más que improbable.

Lo que es obvio es que el Sr. al suscribir el PLAN PREVER asume la obligación de abonar el 4,40% de 400.000 € al año (17.600 €/año) y el Banco Cooperativo asume un riesgo del 0,60% de 400.000 €, (2.400,00 €/año), y solo está protegido el demandante si el euríbor se sitúa en la banda entre el 4,40% y el 5% y pierde cuando se sitúa por debajo del 4,40%, y en el préstamo hipotecario el prestatario tiene un suelo que no se contempla para el banco en el producto financiero de permuta de intereses.

Obviamente, ésto no está definido en la introducción de la solicitud del producto (SWAP), cuya explicación difiere del resultado de la mecánica de la operación.

Por lo expuesto, aunque la finalidad del producto controvertido era cubrir el posible riesgo de subidas de tipos de interés, en relación al contrato de préstamo celebrado con interés variable, sin embargo de lo expuesto se infiere que

dicha finalidad ha quedado pervertida por el concreto planteamiento de la operación expuesta, y que por ello no cumple con la finalidad prevista en la Ley 36/2003, pues si el euríbor sube del 5%, el cliente solo cobra el 0,10% al año de la cuantía del SWAP (400.000 €), y dado que existe un suelo en el hipotecario y no en el SWAP, el cliente tiene que pagar el tipo mínimo del hipotecario (2,50%), por lo que en caso de bajada de los tipos de interés por debajo del 4,40% el banco obtiene un evidente beneficio derivado de la inexistencia de suelo en el SWAP.

Efectivamente, el artículo 19 de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, establece que: "1.- Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponible...». La finalidad de esta medida es atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipos de interés propios del mercado financiero "

En este caso, el producto contratado no cumple la finalidad legal para la que ha sido creado, como ya se ha expuesto, resultando además en este caso que el producto se ofertó meses después de haberse celebrado el contrato de préstamo hipotecario, y si bien se enmarcó su suscripción en un periodo de tipos de interés alcista, no es menos cierto que la coyuntura del mercado cambió drásticamente después de manera muy favorable para la entidad financiera.

#### **CUARTO.- Acción de nulidad. Normativa legal.**

4.1- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usurarios, artículo 10: 1.- Las cláusulas condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes,

deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.- Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

2.- Entrega, salvo renuncia del interesado, del recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación o, en su caso, de presupuesto, debidamente explicado.

3.- Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Artículo 10 bis: Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de buena fe causen, en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato... El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. El artículo 2 establece como derecho básico del consumidor la información correcta sobre los diferentes productos o servicios.

4.2- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación.

Artículo 7. No incorporación.

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

1.- Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea

necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

2.- Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

#### Artículo 8. Nulidad

1.- Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2.- En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

4.3- Error como vicio del consentimiento. Contemplado en el artículo 1266 del C. Civil y calificado en el artículo 1265 como vicio del consentimiento, abundante y constante jurisprudencia del TS exige para apreciarlo en el consentimiento contractual que exista por parte del contratante que lo alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento (SSTS de 1-7-1915, 30-9-1963, 12-6-1982, 7-11-1986 y 21-5-1997), debiendo aplicarse un criterio restrictivo para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato, y así, dice la sentencia de 18 de abril de 1978, citando alguna de las anteriores, que para que el error invalide el contrato es indispensable:

1.- Que recaiga sobre la sustancia de la cosa que

constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.

2.- Que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.

3.- Que no sea imputable a quien la padece.

4.- Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concretado, ha de ser excusable, además de esencial, razonando que este requisito no lo menciona el C. Civil expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, esta último consagrado en el artículo 7 del C. Civil, pudiendo decirse que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media a regular, apreciándose ésta valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, pues la función básica de este último requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

El error de vicio del consentimiento, previsto en el artículo 1266, constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida.

La sentencia de instancia concluye la existencia de error invencible en el consentimiento prestado por el Sr. en el momento de contratar, porque no se le informó ni pudo conocer la compleja articulación entre permuta y préstamo hipotecario.

4.4- En relación al deber de información al consumidor de un producto bancario, debe señalarse que el art. 79 de la LMV, establece la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión prudente y ordenada de los intereses del cliente, como propias; y el RD 629/1993 sobre actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, derogada por RD 2/7/2008 de 15 de febrero, en su anexo código de conducta, establece la adecuada información a la clientela a los fines de

conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión, proporcionando al cliente toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión, «haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva».

El citado decreto fue derogado por la Ley 42/2007 de 19 de diciembre, cuyo art. 79 bis regula pormenorizadamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales.

Esta regulación entró en vigor con posterioridad a la contratación del producto controvertido, por lo que no sería de aplicación al presente supuesto.

En todo caso, con la legislación vigente en el año 2007, el deber de información exhaustivo al cliente, incluido el riesgo de la operación, era una obligación de la demandada.

La publicidad del producto ofertado al demandante (doc. 4 de la demanda) era incompleta, inveraz ( el objetivo del Plan descrito en la INTRODUCCION no contiene mención alguna relativa a la bajada de tipos de interés y las consecuencias para el cliente), y no cumplía con aquella obligación de la entidad financiera de «velar» por el cliente y comunicarle los riesgos, pues omite la información relevante y en concreto que las liquidaciones podrían ser negativas, y también omite el coste de cancelación.

Es expresivo de lo expuesto el hecho de que en el apartado final la oferta refleje las VENTAJAS del producto, en correlación con el encabezamiento del folleto y omita toda mención a las DESVENTAJAS que se derivan en el supuesto de que bajen los tipos de interés del 4,40%.

Como señala la recurrente, no cabe duda alguna del riesgo del producto, que se originaba en caso de caída del Euríbor por debajo del 4,40% , ya que el cliente tendría que abonar la cantidad correspondiente al Banco Cooperativo y además el interés del hipotecario, y el banco abonar solo el Euríbor sin suelo.

Por lo tanto, la equivalencia de riesgo asumida entre las partes es inexistente y la operativa del producto desarrollada en la publicidad ofertada al actor, euríbor PLAN PREVER-5.7.E12, no explica la mecánica de esa prestación fundamental, relativa al riesgo asumido por el cliente si el euríbor es inferior al 4,40% ya que el objetivo de aquél es cubrir el riesgo de subidas de tipo de interés, lo que es incongruente in terminis con la asunción de un riesgo adicional de pago al banco si los tipos se sitúan por debajo de aquel límite.

Las consecuencias jurídicas que cabe extraer son las siguientes:

1.- La cláusula de la oferta PLAN PREVER, relativa a la operativa del producto, será nula por aplicación del art. 10 bis de la LGDCU, de 19 de julio de 1984, y no quedará incorporada al contrato con arreglo a lo prevenido en el artículo 7 de la ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la contratación; por vulneración del deber de información al cliente, por tratarse de una cláusula no negociada individualmente, con quebranto de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones; vulnerándose la finalidad para la que se ofertó el producto al cliente, infringiendo el deber de proteger el banco los intereses económicos del cliente.

2.- La nulidad del contrato, ex artículo 1266 del C. Civil, por error como vicio del consentimiento.

Los requisitos del error para ser apreciado ya han sido expuestos.

En relación a la valoración de la prueba practicada en la instancia, la Sala la ratificará en la alzada, por razón de que la misma es ajustada a la resultancia fáctica.

La afirmación de los testigos empleados de la entidad bancaria que ofertó a su cliente el PLAN PREVER, relativa a que la información que le suministraron fue completa en relación al funcionamiento y riesgo del producto, frente a la declaración del cliente de que ello no fue así, deberá resolverse en el sentido de concluir que aquella información no

fue la legalmente exigida; en primer lugar por razón de la relación laboral entre el testigo y el banco ofertante del producto, y en segundo lugar porque si tan sencillo y claro era el producto, no se entiende que la publicidad y oferta del mismo (doc. 4), solo se refiera al riesgo de la subida de tipos y no refleje el riesgo que asume el cliente en caso de bajada, ya que señala que el cliente debe abonar el 4,40% y recibir el Euríbor a un año y si éste sube del 5% recibirá el 0,10% ,sin expresar que caso de que baje del 4,40% percibirá del banco una cantidad inferior a la que él debe abonar. Es decir, explica perfectamente que en caso de subir el Euríbor el 5% percibirá el cliente solo una bonificación del 0,10% pero omite que en caso de que baje del 4,40% el Banco le abonará el tipo resultante, no siendo ese 4,40% el suelo del producto, lo que contradice abiertamente la cláusula INTRODUCCION del producto. Además, solo explica las ventajas obviando las graves desventajas que para el cliente pudiere tener.

Si la información al cliente hubiera sido completa como se afirma, no habría contratado el producto.

Es cierto que el Sr. satisfizo una liquidación negativa, el 22 de mayo de 2008, 32,53 € y se le anunció para fecha de abono el 22 de mayo de 2009, otra positiva de 2360 €.

Por lo expuesto se infiere que el Sr. sufrió un error del consentimiento, esencial e inexcusable, en el momento de la perfección del mismo, que se manifestó en un conocimiento incompleto de las circunstancias esenciales del producto bancario, en especial del riesgo asumido, que recayó sobre la esencia del mismo, y que se originó por razón de la confianza del cliente en el asesor bancario y en la omisión de información de la publicidad sobre el riesgo asumido, y la información parcial e inveraz del mismo que inducía claramente a formar la convicción de que el negocio jurídico que se celebraba tenía una finalidad concreta (proteger frente a la subida de tipos), cuando en realidad la coyuntura en la que se enmarcó la operación y la mecánica de la misma, encubría un

contrato de riesgo muy alto de pérdidas; sin que pueda afirmarse que el contrato quedó convalidado por razón de la liquidación negativa que percibió, teniendo en cuenta el contexto en el que se efectuó.

La alegada autorresponsabilidad del contratante no tiene cabida en el presente caso, en el que el objeto es un contrato bancario con un cliente asesorado por su Banco a quien ofrece sus productos y en el que el cliente confía, entidad que tiene la obligación LEGAL de gestionar de manera prudente los intereses de sus clientes y de informarles siempre de los riesgos de la operación. No puede trasladar el demandado que ha incumplido sus obligaciones legales, al cliente, el deber de analizar y conocer los riesgos de un producto que ni ha solicitado ni mucho menos creado, cliente que ha decidido contratar con base en la confianza que le merece su asesor.

El error, como vicio del consentimiento, da lugar a la anulabilidad del contrato, (art. 1300 y ss del C. Civil), y como señala reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 29 de abril de 1986, 17 de octubre de 1989...), significa precisamente que no se produce «ipso iure», sino que debe ejercitarse por medio de acción en demanda principal o reconvenzional.

Conforme a lo dispuesto en el art. 1.303 del C. Civil, las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses.

Por lo tanto, este precepto ha sido correctamente aplicado, tanto en relación al carácter abusivo de la permuta de interés, como en el caso de la nulidad por error en el consentimiento.

El recurso debe ser desestimado.

**SÉPTIMO.-** Las costas de la alzada se imponen a la parte apelante (art. 398 de la LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### III.- F A L L O

**Desestimamos** el recurso de apelación formulado por la representación de BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL SA, frente a la sentencia de fecha 28 de mayo de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Pamplona/Iruña, la **confirmamos íntegramente**, con imposición de las costas de la alzada a la parte apelante.

Desvuélvanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**DILIGENCIA.-** La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de la fecha me ha sido entregada la

anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. Doy fe, en Pamplona a

Sentencia descargada en: [www.asuapedefin.com](http://www.asuapedefin.com)