

Roj: SAP B 10107/2010
Id Cendoj: 08019370112010100497
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 11
Nº de Recurso: 1001/2009
Nº de Resolución: 666/2010
Procedimiento: CIVIL
Ponente: BIBIANA SEGURA CROS
Tipo de Resolución: Sentencia
AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA
SECCIÓN ONCE
ROLLO 1001/09
Procedimiento Ordinario 928/08
JUZGADO 1ª INSTANCIA Nº 5 SABADELL

SENTENCIA Nº 666

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ MARÍA BACHS ESTANY
Dª MARIA DEL MAR ALONSO MARTÍNEZ
Dª BIBIANA SEGURA CROS

En Barcelona, a 16 de diciembre de 2010.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoprimeras de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 928/08, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sabadell, a instancia de C--- Y D---- S.A. y C--- Y C---- S.A. , contra BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. (BANESTO) a su vez actor reconvenicional, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto la representación de la actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 12 de junio de 2009, por el Magistrado-Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por C--- Y D---- S.A. . y C--- Y C---- S.A. frente a BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A., absolviendo a éste de los pedimentos dirigidos en su contra.

Estimo parcialmente la demanda reconvenicional interpuesta por BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. frente a C--- Y D---- S.A. . y condeno a ésta a abonar a la actora reconvenicional la cantidad de 17.675,10 euros, cantidad incrementada en el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda reconvenicional (10 de julio de 2008).

Estimo parcialmente la demanda reconvenicional interpuesta por BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. frente a C--- Y C---- S.A. y condeno a ésta a abonar a la actora reconvenicional la cantidad de 23.616,84 euros, cantidad incrementada en el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda reconvenicional (10 de julio de 2008).

Las costas procesales de la demanda principal se imponen al actor. Por lo que se refiere a la reconvenición, no se establece condena en costas; cada parte abonará las suyas y las comunes serán abonadas por mitad."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la representación de C--- Y D---- S.A. y C--- Y C---- S.A. mediante escrito motivado, dándose traslado a la actora, elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para la celebración de Votación y Fallo el día 24 de noviembre de 2010.

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

VISTO, se designa nuevo Ponente a la Magistrada Dª BIBIANA SEGURA CROS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento, la actora interesa se declare la nulidad de las órdenes de contratación firmadas en junio de 2005; nulidad de los asientos bancarios practicados desde junio de 2005 en las cuentas que las actoras tienen en Banesto; se condene

a la recíproca restitución de las prestaciones, abonos y cargos efectuados por la demandada; se indemnice a C----- en la suma de 2.180, 51 euros y a C-----a en 1.811,25 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios y subsidiariamente de no acordarse el primero de los pedimentos se declare que las órdenes de contratación no son suficientes para desplegar efectos definitivos.

Por la demandada tras oponerse a los pedimentos de la actora se interpuso demanda reconvenzional reclamando se declare el vencimiento anticipado de las operaciones de **permuta financiera** suscritas por las demandadas reconvenzionales, se condene a C----- al pago de 5.316,33 euros en concepto de intereses por descubierto y 17.675,10 euros por daños y perjuicios; se condene a C-----a al pago de 7.786,29 euros en concepto de intereses por descubierto y 25.360,36 euros por daños y perjuicios; a cuya reclamación se opuso la actora del pleito principal.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda, considera no concurren circunstancias para estimar la nulidad del contrato y considerando las órdenes de contratación como verdaderos contratos estima parcialmente la demanda reconvenzional condenando a C----- a pagar a Banesto la suma de 17.675,10 euros más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda reconvenzional y a C-----a a abonar a Banesto la suma de 23.616,84 euros más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda reconvenzional.

Se acepta la relación de hechos probados referidos en la sentencia dictada por el juzgador "a quo" en todo aquello que no se oponga a lo argumentado por esta Sala.

SEGUNDO.- Se alza la actora C----- y C-----a contra la sentencia alegando error en la apreciación de la prueba pues considera que de la documental y testifical practicada se desprende la nulidad de las órdenes de contratación iniciales por ser éstos incompletos, carecer de firma alguna por parte del banco y por contener expresas referencias a que no se trata de un contrato definitivo; y considera igualmente acreditado que Banesto actuó dolosamente por no haber informado sobre el producto financiero.

Nos hallamos ante el conocido en la doctrina científica como contrato de **permuta financiera** en su modalidad de **permuta** de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap).

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del *art. 1.255 C.C. y 50del C. Comercio*, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de **permuta** de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del *art. 1.799 Código Civil* atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura **financiera** de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

En el caso, en los contratos suscritos en el año 2.005 el cliente se obliga al pago (sobre el nominal nocional) de un tipo de interés fijo y creciente en los sucesivos periodos de cálculo con un límite referencial fijo por periodo que, si es rebasado por otro variable (en este caso el Euribor) determinará que el tipo aplicable al cliente sea éste y no el fijo mientras el Banco satisfará su prestación de acuerdo con el Euribor.

Dicho todo lo cual, queda el debate centrado en la pretendida declaración de nulidad por error fundada, en sustancia en la inexistencia de un contrato definitivo, en una orden de contratación no firmada por empleado alguno del Banco que contiene referencias a la posterior firma de un contrato definitivo, así como en la falta de información sobre el producto financiero y actuación

dolosa por parte del banco. En el acto del juicio Francisco , legal representante de las actoras manifestó en el plenario que los comerciales del banco fueron a verlo a la empresa, que le ofrecieron una forma de financiación que no le interesó, que posteriormente insistieron, lo llevaron a comer a una marisquería ofreciéndole nuevamente el producto, llevando la orden de compra, le dijeron que si no le interesaba lo romperían, que no firmó ningún contrato definitivo.

El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la *L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio* y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de la *Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores* al venir considerada por el Banco de España y la *C.M.V* . incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras *art. 2 L.M.C*).

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el *art.79 de la L.M.V* ., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el *R.D. 629/1.993* concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión(*art. 4 del Anexo 1*), como frente al cliente (*art. 5*) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"(*art.5.3*) Dicho Decreto fue derogado pero la *Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre* por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros(*art. 78bis*); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el *art. 79bis* regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia **financiera** y aquellos objetivos(*art.79, bis nº 3, 4 y 7*).

Luego, el *R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero* sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual(*arts. 60 y ss, en especial 64* sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual(*art. 7 CC*) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la *L.M.V* .Es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser

caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.

De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial.

El legal representante de la recurrente manifestó que le dijeron que si el tipo de interés baja pagas tú y si sube pagamos nosotros. Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés.

Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee.

Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado *Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo*, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el *art. 60.5 del RD 217/2.008*, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b).

Es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en el segundo semestre del año 2.006 el Euribor sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente, por vía reconventional reclama el banco la suma de 5.316,33 euros y 7.786,29 euros en concepto de intereses, pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente.

Según el *art. 1266 CC*, para que el error invalide el consentimiento el mismo debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Se dan así y, por tanto, a juicio del Tribunal las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26-6-2000: "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (STS 14 y 18 febrero 1994 [RJ 1994, 1469], y 11 mayo 1998 [RJ 1998, 3711]). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (STS. 4 enero 1982 [RJ 1982 , 179] y 28 septiembre 1996 [RJ 1996, 6820]).".

Sin que tampoco sea dable el olvidar que en relación a las condiciones generales de los contratos, la *Ley 7/1998, de 13 de abril*, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

De una valoración en conjunto de la prueba practicada en los autos cabe llegar a la conclusión de que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros

complejos y de alto riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características de los mismos fue harto deficitaria, por no decir prácticamente nula, pudiendo incluso en algún aspecto importante alcanzar a ser hasta equívoca.

Por lo pronto, ambas partes litigantes coinciden en que las explicaciones sobre los productos financieros y la firma de las órdenes de contratación tuvieron lugar en las instalaciones de las empresas demandantes, a donde a tales efectos se desplazó un empleado de la entidad bancaria demandada, para al cabo de unos días llevar a comer al legal representante de las demandantes a un restaurante con la intención de que firmara el contrato definitivo, a lo que se negó el actor.

Pero es más, aporta la demandada en su descargo, carta enviada a la actora (folio 39) en abril de 2006 en la que tras indicar que se han dirigido a ella para recabar la firma del contrato definitivo de la operación de **Permuta Financiera** de Tipos de Interés con Tipo Variable Subvencionado en Rango, le remiten dos ejemplares de dicho contrato, a fin de que "nos devuelvan ambos debidamente firmados, y nos los remitan en el plazo máximo de diez díasEn el supuesto de que transcurrido el citado plazo Banco Español de Crédito S.A. no hubiera recibido en la señalada dirección los dos ejemplares del contrato adjunto debidamente firmados por Vdes. ni tampoco alegaciones fehacientes por su parte de las razones en las que se basa su negativa a suscribirlo, entenderemos que se muestra conforme con su íntegro contenido."

Es evidente que conculca la buena fe que debe presidir la práctica contractual el que por una de las partes se imponga la efectividad de un contrato que resulta inexistente por falta de firma y por tanto de acuerdo entre los contratantes.

La propia CNMV (folios 119 y ss) al contestar la reclamación efectuada por la actora recurrente concluye en que las órdenes presentan aspectos que pueden generar incertidumbre en cuanto a sus efectos y que puede concluirse que se produjo una actuación incorrecta por parte de Banesto en cuanto al procedimiento de contratación del producto.

En suma de conformidad con lo dispuesto en los *arts. 1300 y siguientes del CC*, procede declarar la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes del modo indicado en la parte dispositiva de la presente resolución, lo que comporta el acogimiento sustancial de la demanda y consiguiente estimación del recurso de apelación interpuesto por las entidades actoras y consiguiente desestimación de la demanda reconventional.

TERCERO.- Dada la estimación sustancial de la demanda, que conlleva la estimación del recurso de apelación, las costas procesales de la primera instancia se imponen a la entidad bancaria demandada, sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada (*arts. 394.1 y 398.2 LEC*).

F A L L A M O S

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de C--- Y D--- S.A. . y C--- Y C--- S.A. contra la Sentencia dictada en fecha 12 de junio de 2009 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Sabadell en autos de Juicio Ordinario nº 928/08, de los que el presente rollo dimana, debemos REVOCAR y REVOCAMOS dicha resolución, y declarar la nulidad de las órdenes de venta firmadas por la actora con Banesto S.A. en junio de 2005 con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones trimestrales ya producidas y que se pudieren llegar a practicar hasta la ejecución de sentencia conforme a las especificaciones de los contratos que se declaran nulos; y absolver a la recurrente de los pedimentos que contra ella ejercitaba la entidad BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A, todo ello con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales de la primera instancia y sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada.

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

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

PUBLICACIÓN.- En esta misma fecha y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y la Leyes. DOY FE