

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA
ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA
Sección / Sekzioa: 1ª/1.

COLEGIO DE PROCURADORES
Recepcionado día anterior
- NOTIFICACIÓN -

19 ABR. 2011

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008
Tel.: 945-004821
Fax / Faxes: 945-004820

N.I.G. / IZO: 01.02.2-10/002005
A.p.ordinario L2 / 10/2011 - A
O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de 1ª Instancia
nº 3 de Vitoria / Gasteizko Lehen Auzialdiko 3 zk.ko Epaitegia
Autos de 268/2010 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea:

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA

Abogado/a / Abokatua: MARIA LUISA GRACIA VIDAL
Recurrido/a / Errekurtitua: BANCO DE SANTANDER
CENTRAL HISPANO S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: IRATXE DAMBORENEA
AGORRIA
Abogado/a / Abokatua: RAUL TRUJILLO NUÑEZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta y D. Íñigo Madaria Azcoitia, y D. Edmundo Rodríguez Achústegui Magistrados, ha dictado el día catorce de abril de dos mil once.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 217/11

En el recurso de apelación civil rollo de Sala nº 10/11, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vitoria, Autos de Juicio Ordinario nº 268/10, promovido por *[REDACTED]* dirigido por la letrada Dª Marisa Gracia Vidal y representado por la procuradora *[REDACTED]*, frente a la sentencia dictada en fecha 01.09.10 siendo parte apelada BANCO SANTANDER, S.A., dirigido por el letrado D. Raúl Trujillo Núñez y representado por la procuradora Dª Iratxe Damborenea Agorria. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Presidenta Dª Mercedes Guerrero Romeo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm.3 de Vitoria, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

"Se desestima íntegramente la demanda presentada por la Procuradora [redacted] en nombre y representación de la mercantil "[redacted] S.A. y D. [redacted], contra la entidad BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., sin expresa condena en costas, satisfaciendo cada parte las suyas, y las comunes, si las hubiera, por mitad".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación de [redacted], recurso que se tuvo por interpuesto mediante providencia de fecha 09-11-10, dando traslado a las partes por diez días para alegaciones, presentando por la representación de BANCO SANTANDER, S.A. escrito de oposición al recurso presentado de contrario, elevándose, posteriormente, los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, mediante proveído de 18.01.11 se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose, turnándose la ponencia. Por resolución de fecha 01.03.11 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 12 de Abril de 2011.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En el presente litigio se plantea la nulidad de los contratos denominados Contrato Marco de Operaciones Financieras en cuyo amparo se han firmado otros contratos de Permuta Financiera de tipos de interés (Swap Bonificado Escalonado con barrera Knock in Arrears swap bonificado reversible Media, y swap Flotante Bonificado). La parte actora afirma que el contrato fue comercializado de forma incorrecta, con una información sesgada, el clausulado resulta incomprensible, el perfil del cliente no es el adecuado para este tipo de contrato complejo e impropio. El primer contrato se firmó en el momento que había solicitado un préstamo para la financiación de un nuevo pabellón, el producto se ofertó para asegurar la subida de tipos de interés, pensando el cliente que estaba contratando un seguro que le protegía de la subida del euríbor, cuando realmente no era así, el Banco no explicó al representante de la actora que si el euríbor bajaba sería el cliente quien debía pagar la diferencia. El contrato no es claro, solo puede ser interpretado por la entidad bancaria, y a todo esto debe añadirse que el cliente no se puede desvincular del contrato, la cláusula de cancelación es imprecisa.

Desestimada la demanda por la sentencia de instancia impugnada, impugna la resolución alegando infracción de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso. La sentencia recoge varias sentencias que muestran su posición pero la juez no las aplica correctamente al caso. La apelante reitera que se trata de contratos complejos, con cláusulas oscuras, redactados unilateralmente por la entidad bancaria que fue quien convenció al cliente para que los firmase, con una cláusula anticipada abstracta, considera que la actora expresó su consentimiento por error; en base a todo lo manifestado solicita se declare la nulidad de los contratos.

Como ya hemos dicho en las recientes sentencias de 23 de febrero de 2011 y 11 de abril de 2011, citando otras Sentencias como la que menciona el recurso de la AP de Asturias de 27 de enero de 2010, el conocido contrato de permuta financiera es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 CC y 50 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 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 CC 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.

Descendiendo al caso que nos ocupa basta leer los contratos traídos al pleito (doc. nº 2, 3, y 6), para deducir que se trata de contratos complejos, de difícil comprensión, redactado por expertos que no han tenido en cuenta la parte a la que va dirigido, ni siquiera una persona con estudios universitarios podría entender algunas de las cláusulas que contiene a no ser que se trate de un especialista en economía o finanzas.

Los expertos definen este tipo de contratos como propios de la "ingeniería financiera", propios de grandes empresas, son contratos especulativos y de inversión, con un tremendo riesgo, y precisamente por ello merece una especial atención y explicación. Era cliente habitual del Banco, confiaba en los consejos que sus empleados le daban, con anterioridad había firmado otro tipo de contratos del tráfico mercantil, leasing, créditos, confirming, etc. En este contexto, y cuando la empresa estaba especialmente endeudada por la construcción de las nuevas instalaciones, se le ofrece este contrato como un seguro para los tipos

de interés, sin prever las posibles condiciones económicas al menos al plazo que se marca en cada contrato para el caso que los tipos bajen como así sucedió.

SEGUNDO.- En este tipo de productos complejos la entidad bancaria está obligada a proporcionar al cliente toda la información necesaria sobre el contrato. Las pruebas practicadas indican que el Banco Santander no actuó correctamente en este sentido.

Siendo el Banco quien redacta el contrato, corresponde a éste explicar al cliente el supuesto concreto y el coste que va a suponer una bajada importante de los tipos de interés. El Banco no cumple con poner a disposición del cliente el contrato, su obligación incluye explicar e informar al cliente con lenguaje "normal" el objeto del contrato, su coste, y los riesgos del mismo.

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 es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él, principalmente a través del sistema de información precontractual en la fase previa a la conclusión del contrato.

El art. 78 y concordantes de la Ley de Mercado de Valores protegen especialmente al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia y con especial incidencia en la fase precontractual, interesando la diligencia y transparencia en el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando los intereses del cliente como propios, estando obligado a conocer su experiencia inversora y los objetivos de la inversión, y proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción de la decisión, haciendo hincapié, especialmente, en los riesgos de la operación.

La Ley 47/07 de 19 de diciembre que modifica la Ley de Mercados de Valores introduce la denominada normativa MIFID que aunque no es de aplicación a este caso (entró en vigor el 21 de diciembre de 2007), refleja la tendencia en este tipo de mercados, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas a fin de distinguir el comportamiento debido a unos y otros, reiterando la diligencia y transparencia del prestador de servicios, y regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional. Obligando a la entidad bancaria a incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, recabando información sobre sus conocimientos, experiencia financiera y otros objetivos.

En la misma línea el RD 629/93 de 3 de mayo vino a establecer un código general de conducta de los mercados de valores, destacando que las entidades debían ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción de los clientes de decisiones de inversión, y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuadas 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 los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión la operación que contrata.

El ámbito normativo tiene un claro carácter protector para el inversor, y muy especialmente trata de determinar los parámetros de información exigible y debida por parte de las entidades que intervienen en los mercados de valores.

En el caso que nos ocupa es un hecho cierto que no solo se entregó información escrita al cliente sino que la facilitada de forma oral por la entidad fue contraria a la realidad del producto.

Los contratos ni aseguraban ni protegían al cliente, sin embargo, esta es la forma en que se vendió, el representante de la actora declara que estaba en el convencimiento que los contratos les protegían de las posibles subidas de los tipos de interés; que en aquellas fechas la empresa había solicitado un préstamo para financiar la nueva nave en construcción donde se asienta la sede de la empresa; sin embargo, el Banco en ningún momento le explicó que los tipos podían bajar, ni le refirió las pérdidas que podrían tener en este caso.

La falta de información impidió a los actores conocer las características del producto que estaba contratando, omitieron extremos esenciales en el contrato, como la previsión de que los tipos de interés iban a bajar en los próximos años, información que el Banco conocía como experto financiero. La actora pensó que se trataba de un producto que a modo de seguro, le compensaría por el exceso que tuviera que pagar en concepto de intereses, cuando los tipos e situaran por encima de los límites establecidos. Nada se indicó en el caso contrario, esto es, cuando el índice de referencia se situara por debajo del límite, ni le advirtió que en este caso sería ella la que tendría que pagar.

El Banco actuó en interés de sus propios intereses, olvidando los del cliente, infringiendo lo establecido en el art. 1 RD 629/93 vigente en el momento de celebrarse el contrato, al establecer que las entidades deben actuar con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos. No deberá inducir a la realización de un negocio a un cliente con el fin exclusivo de conseguir el beneficio propio.

Conforme a lo establecido en el art. 217 LEC, cada una de las partes debe acreditar los hechos que alega para defender su posición, en este caso el actor manifiesta que no hubo información suficiente, se trata de un hecho negativo, probarlo sería prácticamente imposible, corresponde al Banco en este caso acreditar que la información fue suficiente, que los empleados a su cargo facilitaron al cliente toda la información posible, bien oralmente, bien a través e la documentación anexa, y esta circunstancia el banco no la ha acreditado.

TERCERO.- El representante de la actora no pudo formar adecuadamente su voluntad para suscribir los contratos, con la poca información recibida se hizo una idea totalmente equivocada de las consecuencias derivadas de los mismos.

Analizadas las cláusulas de los contratos y la forma en que se produjeron los acontecimientos la conclusión es que el representante de [redacted] firmó los contratos expresando su consentimiento de forma errónea y bajo engaño, al no facilitarle el Banco toda la información necesaria sobre las características del producto que contrataba, ya sea por desconocimiento e insuficiente formación de la persona de la entidad, ya sea por mala fe, ocultándole datos básicos y relevantes sobre la adquisición del producto.

Esta reflexión nos lleva a concluir que ha existido un claro vicio de consentimiento por causa de error en el objeto. Así, el art. 1.266 establece como requisitos de la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento, que el error sea esencial e inexcusable, que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no sea haya podido evitar con una regular diligencia.

En este sentido, la STS de 18 de febrero de 1.994 establece que para ser inválida, además de ser esencial, el error ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 CC; es inexcusable STS de 4 de enero de 1.982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del 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, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundada por la declaración.

En relación a nuestro caso el error que se aprecia es esencial, sustancial e inexcusable, puesto que afecta a los términos del contrato y a la obligación principal, que es el importe y el alto riesgo asumido, no siendo consciente el cliente de este hecho. El documento es incomprensible, el Banco debió dar más información y poner al alcance del cliente todos los medios necesarios para asesorar al personal de la empresa, asegurándose de que el contrato era entendido y excluyendo las malas prácticas y la ocultación de datos a fin de lograr la firma de la actora. La Sala considera que corresponde al Banco poner todos los medios a su alcance y emplear a sus trabajadores y asesores para explicar al cliente los riesgos de la operación, sin artimañas.

CUARTO.- La parte actora alega que uno de los motivos por los que suscribió la operación fue por la facultad que le ofrecían de desvincularse del contrato en cualquier momento a través de una cláusula de cancelación anticipada. La cláusula, incluida de forma unilateral por el Banco en el anexo indica: "las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto, se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer en su caso el pago por el cliente del coste correspondiente." La cláusula es totalmente imprecisa, el Banco se reserva el derecho de cancelar anticipadamente el contrato en cualquier momento alegando "variaciones del mercado" y no abonar al cliente coste de cancelación alguno. Sin embargo, cuando el cliente desea cancelar, el coste a soportar es "el del mercado", indefinido y abstracto para quien lo suscribe. Tampoco indica si en este supuesto procederá liquidar la operación por el plazo que reste hasta el vencimiento. Es una cláusula oscura, que puede interpretarse a conveniencia de la entidad.

En la sentencia dictada por esta misma Sala el 7 de abril de 2.009 decíamos que las condiciones generales de los contratos bancarios crean un marco dibujado a gusto del banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad, condiciones generales oscuras, sorpresivas, decisiones unilaterales, instrumentos jurídicos privilegiados, desplazamientos de riesgos propios de la actividad empresarial. No siempre acordes con el art. 14 CE y que traen como consecuencia una cierta

cultura del "donde hay que firmar" del ciudadano que carece de conocimientos de derecho mercantil o matemática financiera.

En resumen, a través de los contratos cuya nulidad se solicita las partes acuerdan pagarse en determinados momentos sucesivos en el tiempo unas cantidades cuyo importe no se conoce en el momento del pacto. Se conviene un importe principal a efectos de cálculo, y por otra dos módulos o tipos que aunque es frecuente que se denominen tipos de interés, en realidad no son tales, que operan mediante su aplicación sobre el importe o cantidad nominal, de las cantidades que las partes deben pagarse recíprocamente. Estos tipos pueden ser variables o fijos durante la vida del contrato o bien ambos variables, siendo el módulo de variación diferente en uno y otro. Realmente es una especie de apuesta de futuro en el que las partes se irán compensando automáticamente las cantidades que se vayan debiendo mutuamente hasta el momento de la liquidación y solo pagará la diferencia aquella que viniera obligada a pagar la cantidad mayor. La descompensación entre el Banco y el cliente es absoluta, como ha quedado acreditado a lo largo de la vida del producto. No es un seguro sino un producto de inversión en el que se asume un riesgo muy alto, que no fue explicado claramente al cliente que firmó pensando que era un seguro frente a la subida de los tipos para las operaciones de crédito y préstamo que había firmado con la entidad con anterioridad.

Las barreras sobre las que va a jugar con los tipos de interés las fija el banco, el cliente no puede intervenir en este complicado juego que se pacta a cinco años. El desequilibrio generado a la hora de suscripción del contrato debe ser compensado con la adecuación del producto al perfil y necesidades del cliente, sin embargo, no se tuvo en cuenta para nada al cliente, el Banco contrató un producto especulativo sabiendo que le iba a beneficiar y que el cliente tendría que abonarle unos beneficios importantes consecuencia de la bajada de los tipos en el mercado.

Así, en virtud de lo dispuesto en los art. 1.261, y 1.300 CC el contrato debe declararse nulo, debiendo restituir el Banco las cantidades cobradas a las mercantiles actoras con los intereses legales ex art. 1.303 CC. en relación con los art. 1.100 y 1.108 del mismo texto legal.

Por último, sobre la infracción de la doctrina de los actos propios, procede recordar que los actos propios son aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran creado una situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (STS 15-6-01, 24-5-01).

En este caso la actora solicita la nulidad de los contratos firmados, no trata de extinguir un derecho adquirido, la actora ha explicado muy bien a lo largo del procedimiento que no conocía el alcance del contrato ni la tendencia de los tipos de interés, el banco nada le dijo sobre esto, en consecuencia, tampoco este motivo puede prosperar.

Por todo lo dicho los contratos deben ser declarados Nulos, condenando al Banco Santander a abonar al actor la suma de 53.173,51 euros por las cantidad cobradas además de las liquidaciones trimestrales que se vayan pagando hasta la resolución definitiva del pleito.

QUINTO.- Que además del principal, los obligados al pago harán efectivos los intereses legales, ex art. 1.100, 1.108 CC desde la fecha de interposición de la demanda; y 576 LEC. desde la sentencia.

SEXTO.- Las costas de la instancia se abonarán por el demandado; sin hacer especial pronunciamiento de las de este recurso ex art. 394 y 398 LEC.

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por representado por la procuradora contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vitoria en el procedimiento Ordinario nº 268/10, **REVOCANDO** la misma, y en consecuencia, que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por debemos **DECLARAR Y DECLARAMOS**:

NULO EL CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS Y TODAS LAS CONFIRMACIONES DE PERMUTA FINANCIERA FIRMADAS BAJO SU AMPARO.

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS A BANCO SANTANDER** al pago al actor de la suma de 53.173,51 euros más aquellas cantidades que como liquidaciones trimestrales se vayan pagando hasta la resolución definitiva del pleito.

Que debemos **DECLARAR Y DECLARAMOS** que el contrato se pactó con una duración de cinco años desde su firma, debiendo calcular en ejecución de sentencia las cantidades liquidadas al actor como consecuencia de la nulidad del contrato.

El demandado deberá abonar además los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda y a partir de la fecha de la sentencia el interés legal incrementado en dos puntos.

CONDENAMOS al demandado a las costas de la instancia, sin hacer especial pronunciamiento de las de este recurso.

Frente a esta resolución cabe interponer recurso de **CASACIÓN** ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que deberá prepararse por escrito ante esta Audiencia Provincial en el plazo de cinco días contados desde el siguiente de la notificación.

Con certificación de esta resolución, remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario Judicial doy fe.