

Roj: SAP O 238/2011
Id Cendoj: 33044370042011100053
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Oviedo
Sección: 4
Nº de Recurso: 558/2010
Nº de Resolución: 58/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA NURIA ZAMORA PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE CONTRATOS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

OVIEDO

SENTENCIA: 00058/2011

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN Nº 558/2010

NÚMERO 58

En Oviedo, a catorce de Febrero de dos mil once, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller,

Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y Don José Antonio Soto Jove Fernández, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número **558/2010**, en autos de Juicio Ordinario nº 157/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número once de Oviedo, promovido por la entidad **CAIXA DE AFORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE Y PONTEVEDRA (NOVA CAIXA GALICIA)**, demandada en primera instancia, contra **DON Romulo**, demandante en primera instancia siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Nuria Zamora Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número once de Oviedo dictó Sentencia con fecha veintinueve de julio de dos mil diez cuya parte dispositiva dice así: Estimando la demanda formulada por la Procuradora Sra. Cortadi Pérez, en la representación de autos, contra Caja de Ahorros de Galicia, debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras y su anexo de confirmación de cobertura tipos de interés, celebrados el 25 de julio de 2006, que unían a ambas partes, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas.

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día uno de Febrero de dos mil once.

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En la demanda rectora de la presente litis D. Romulo , solicita se declare nulo el "Contrato marco para cobertura de operaciones financieras" y su "anexo de confirmación cobertura tipo de intereses", suscritos el 25 de febrero 2.006, con Caixa Galicia, debiendo los litigantes restituirse recíprocamente las cantidades satisfechas al amparo del mismo. Petición de nulidad que sustenta en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, error esencial y excusable, que lo invalida a tenor de lo dispuesto en el *artículo 1.265 y 1.266 del Código Civil* .

La demandada se opuso a las pretensiones del actor argumentando la simplicidad y sencillez de los términos del contrato, fácilmente asequibles para un ciudadano medio, razón de más para el demandante, empresario relacionado con el mercado inmobiliario. También denunciaba la actitud del demandante quien nunca se había dirigido a la entidad crediticia cuando la aplicación del contrato suponía un saldo a su favor, y en conclusión que ningún error había sufrido el demandante al concretar el contrato y que en el hipotético, y siempre improbable, supuesto de que lo hubiera sufrido no tendría carácter invalidante del contrato al ser inexcusable.

La sentencia de instancia estima la demanda apreciando el error denunciado, tanto por lo oscuro de los términos del contrato, como por la carencia de la debida información por parte de la entidad bancaria, particularmente reprochable en el caso de autos, al tratarse de un producto nuevo, introducido hacía poco en el ámbito bancario y financiero y cuyo alcance y mecánica operativa no estaba suficientemente difundida entre los posibles clientes. Resolución apelada por la entidad crediticia, quien en su recurso reproduce los argumentos de la contestación.

SEGUNDO.- Como esta misma Sala ya dijo en su sentencia de 12 de noviembre de 2.010 , siguiendo el criterio mantenido por las sentencias de 27 de enero y 23 de octubre de 2.010, de la Sección Quinta de esta misma Audiencia Provincial: "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 *artículo 1.255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio*, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con independencia 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 (nocial) 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 que el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del *artículo 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".

Y ya con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, añaden dichas resoluciones que "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 *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 *artículo 2 L.M.V*).

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de este 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 *artículo 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. e 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 intensa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (*artículo 4 del Anexo 1*), como frente al cliente (*artículo 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" (*artículo 5.3*).

Dicho Decreto fue derogado por 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 (*artículo 78 bis*); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el *artículo 79 bis* 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 (*artículo 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 e 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 (*artículo 60 y siguientes, en especial 64* sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente a la entidad bancaria (en este caso La Caixa) demandada no le es exigible un deber de fidelidad al demandante, 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 (*artículo 7 del Código Civil*), 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.*

Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva.

La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de **permuta** y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato de Swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los bancos contratan por iniciativa propia sin que existan clientes recíprocamente, interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se halla sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 20-1-2.003.)."

Por último, destacan dichas sentencias que "es evidente que ostentando el banco por su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los periodos de

cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichoso 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 contrato". De ahí que concluyan, 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. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, en las condiciones de tipo de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés."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 artículo 5 del Anexo*, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos", o como exige el *artículo 60.5 del RD 217/2.008* "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos (letra b)".

TERCERO.- Partiendo de esas consideraciones generales y aplicándolas al caso de autos, el recurso ha de ser desestimado. En primer lugar basta una lectura del condicionado general recogido en el contrato marco para llegar a la convicción de su carácter complejo, oscuro, difícil de comprender, por más que se tenga alguna experiencia en el ámbito empresarial, pues esos conocimientos no lo son en el ámbito financiero, o de contratos similares al de autos. Ello unido al carácter novedoso del mismo, desconociendo su mecánica operativa, exige especial diligencia por parte de la entidad crediticia que lo oferta al cumplir el deber de informar, diligencia que no consta se observara en el caso de autos. Hemos de llamar la atención sobre las contradicciones existentes entre el demandante quien apunta que el contrato se le oferta como una especie de garantía de "seguro", para cubrirse de hipotéticas subidas del euribor, en relación a un contrato de préstamo hipotecario con interés variable que había suscrito unos meses antes, con lo manifestado por el testigo D. Elias , director de la entidad crediticia cuando concierta el seguro, quien manifiesta que el cliente estuvo informado de la naturaleza del contrato, su carácter de producto financiero, desligado por completo de cualquiera otra relación contractual que tuviera con la caja. Aún admitiendo que la oferta se hiciera como un producto financiero con vida independiente de cualquiera otra relación contractual, es lo cierto que del redactado general del mismo no se desprende el riesgo real que asumía hasta el punto de poder derivar un coste económico importante para el cliente. En concreto en el apartado III se informa al cliente acerca de que asume un cierto riesgo debido a la volatilidad o evolución de tipos de interés, pudiendo en caso de aumento o disminución de tipos de interés contrarios a lo esperado por el cliente **"anular o minorarse"** los beneficios esperados por la firma del presente contrato. Lo que nunca se le advierte es de que puede llegar a tener pérdidas, tan sólo se contemplaba la no obtención de ganancias. No se le facilita explicación alguna acerca de la discrepancia económica tan sustancial existente entre las ganancias y las pérdidas, lo cual hasta cierto punto es lógico puesto que no consta advertencia alguna de posibles pérdidas o coste económico para el cliente, omisiones relevantes en la formación de la voluntad de éste, que no cabe entender suplidas con la *cláusula número 12* del condicionado general, de carácter impresa, adhesiva, ni la recogida en el aviso c) del condicionado particular impuesta al contratante y que le impone la carga de asesorarse, en su caso de terceras personas, para obtener una información que le debería haber facilitado la entidad crediticia.

A lo dificultoso de entender el condicionado general se añade lo escueto del condicionado particular, en el que tan sólo se recoge, la suma nominal sobre la que operará el cálculo de los intereses, la duración del contrato, y los tipos de interés a tener en cuenta, así como los periodos trimestrales durante los que operarían, de todo lo cual cabe deducir un desconocimiento del cliente del verdadero alcance del contrato que suscribe, que como ya apuntamos anteriormente no cabe entender suplido por el conocimiento profesional que tenga el cliente, pues como él mismo aclara su actividad profesional se centra más bien en gestiones de naturaleza administrativa, con Ayuntamientos, o con profesionales de la construcción que en el manejo de productos bancarios o contratos financieros.

CUARTO.- Aún reconociendo la transcendencia que tiene la omisión de esa información, ello no es menos relevante a efectos de la nulidad del contrato que la constatación del manifiesto desequilibrio de prestaciones que del mismo se deduce para cada una de las partes contratantes. En primer lugar se observa ese desequilibrio en las posibilidades resolutorias del contrato, reguladas en los apartados 9 y 10 del condicionado general, si bien en el clausulado particular se introduce una modificación, impuesta unilateralmente por la entidad crediticia, en la que se reserva la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato si concurrieren circunstancias de mercado sobrevenidas que lo aconsejen. Posibilidad que sólo opera en su favor, sustituyendo el producto por otro de similares características, sin coste alguno para ella, en tanto que para el cliente la resolución anticipada suponía un importe desproporcionado, vulnerando así lo

dispuesto en el *artículo 1.256 del Código Civil*. Desequilibrio que también se revela de las obligaciones que derivan del contrato para cada parte contratante y en concreto a la hora de fijar los tipos de interés. Y así si el euríbor subía por encima de una determinada cantidad la entidad bancaria sólo tenía que compensar al cliente en el 0'15%, en tanto que si bajaba la cantidad que el cliente debía abonar al banco era la totalidad de la diferencia entre el euríbor previsto y el existente con lo que porcentualmente para el cliente existía una obligación de pago superior. Además el riesgo asumido por la entidad crediticia era inferior al del cliente, dada la revisión, periódica y al alza que preveía para el euríbor, en función del trimestre de vigencia del contrato. Así durante los trimestres 1 a 3 inclusive se reintegraba al cliente en el 0'15% del euríbor a tres meses si este era superior a 2'60%; en los trimestres 4 a 6 esa compensación del 0'15% lo era si el euríbor superaba el 3'65%, y en los trimestres 7 a 14 la compensación lo era si el euríbor excedía del 4'55%, con lo que el banco quedaba a salvo de posibles compensaciones en unas épocas alcistas del euríbor, en tanto que el cliente quedaba sumamente expuesto para los supuestos de bajadas del euríbor aunque esa disminución lo fuera en mínimos porcentajes. Desproporción claramente evidenciada en el hecho de que en tanto que el euríbor fue subiendo el rendimiento obtenido por el demandante fue el de 806'86# en un periodo de dos años y medio y en el último año en que bajó el euríbor se le generaron unas pérdidas de 7.917'23#

Como ya dijo esta Sala en su sentencia de 12 de noviembre de 2.010 "Según la jurisprudencia, el error para ser invalidante ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de auto-responsabilidad y buena fe, este último consagrado en el *artículo 7 del Código Civil*. El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia 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 infundida en la declaración(sentencias, entre otras de 4 de enero de 1982 , 6 de febrero de 1998 , 30 de septiembre de 1999 , 26 de julio y 20 de diciembre e 2000 , 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005)"

En el caso de autos, y como ya expusimos anteriormente, la complejidad del producto financiero, la falta de información suficiente por parte de la entidad bancaria, incumpliendo los deberes que le incumben y que el demandante no tiene condición de experto financiero, revelan el carácter excusable del error sufrido por éste.

QUINTO.- Para concluir, el hecho de que el demandante cuestione la validez del contrato a partir del momento en el que los saldos comienzan a ser negativos no supone la convalidación por el comportamiento anterior, pues es sólo en ese momento cuando alcanza a comprender el error sufrido, aportando una explicación razonable de su actuación. En cuanto a los saldos positivos, porque dada su escasa cuantía pudieron pasar desapercibidos para el demandante, quien manifiesta que era normal que la entidad bancaria le cargase el importe de tarjetas de crédito y ante su ulterior reclamación le reintegrase el importe cargado, pasando desapercibidos esos cargos. En análogos términos aclara que el primero de los saldos deudores que se le contabiliza al ser de escasa cantidad también le pasó ignorado, no así el de 28 de abril de 2.009, por importe de 1.410'59 euros, dirigiéndose de inmediato al banco, pensando que era un error, quedando el banco en revisarlo, lo que no hizo, por lo que las reclamaciones pasan a ser por escrito, evidenciando con ello el error sufrido.

SEXTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas a la parte apelante, por aplicación de lo dispuesto en el *artículo 398 nº 1 de la LEC*, en relación con el *artículo 394 nº 1 LEC*, pues las resoluciones dictadas en asuntos precedentes, de análoga naturaleza, excluyen toda posible duda.

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

FALLO

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR CAIXA DE AFORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE Y PONTEVEDRA (NOVA CAIXA GALICIA) contra la sentencia de fecha veintinueve de julio de dos mil diez, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número once de Oviedo en el Juicio Ordinario 157/10. Se confirma la sentencia apelada, imponiendo a la parte recurrente las costas causadas en esta segunda instancia.

La presente resolución es firme al haberse dictado en un Juicio Ordinario del *artículo 249 nº 2 de la LEC*, y ser el interés económico debatido inferior a 150.000 euros.

En aplicación del *punto noveno de la Disposición adicional decimoquinta de la LOPJ*, dese el destino legalmente previsto al depósito constituido para apelar.

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