

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

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

N.I.G. / IZO: 01.02.2-10/001334
A.p.ordinario L2 / 67/2011 - B
O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de 1ª Instancia
nº 6 de Vitoria / Gasteizko Lehen Auzialdiko 6 zk.ko Epaitegia
Autos de 206/2010 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: CAJA DE AHORROS DE
VALENCIA CASTELLON Y ALICANTE -BANCAJA
Procurador/a/ Prokuradorea: ANA ROSA FRADE FUENTES
Abogado/a / Abokalia: J. L. SANCHEZ FIGURERAS
Recurrido/a / Errekurritua: J. L. SANCHEZ FIGURERAS
Procurador/a / Prokuradorea: ISABEL GOMEZ PEREZ DE
MENDIOLA
Abogado/a/ Abokatua: MARIA LUISA GRACIA VIDAL

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 Achútegui, Magistrados, ha dictado el día cinco de mayo de dos mil once.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 231/11

En el recurso de apelación civil rollo de Sala nº 67/11, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Vitoria, Autos de Juicio Ordinario nº 206/10 promovido por **CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE-BANCAJA**, dirigida por el letrado D. J.L. Sánchez Figueras y representada por la procuradora Dª Ana Rosa Frade Fuentes, frente a la sentencia dictada en fecha 04.10.10, siendo parte apelada **mercantil** dirigida por el letrado D. J.L. Sánchez Figueras, dirigida por la letrada Dª María Luisa García Vidal y representada por la procuradora Dª Isabel Gómez Pérez de Mendiola; y Ponente la Ilma. Sra. Presidenta Dª Mercedes Guerrero Romeo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vitoria, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

"Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la mercantil **CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE (BANCAJA)**, representada por la Procuradora señora Gómez Pérez de Mendiola, debo:

Declarar, y declaro nulo de pleno derecho, por defecto en el consentimiento, el contrato de Permuta Financiera que vincula a las partes desde el 4 de agosto del 2008, fecha de su firma, independientemente de su entrada en vigor.

Condenar, y condeno, a las partes a estar y pasar por esta declaración.

Condenar, y condeno, a las partes a devolverse recíprocamente el importe de los saldos a su favor de las liquidaciones practicadas, abonados durante la vigencia del contrato que se declara nulo y hasta la fecha de firmeza de esta sentencia.

Condenar, y condeno a la parte demandada, **CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE (BANCAJA)** a abonar a la actora los intereses indicados en el Fundamento cuarto, in fine, de esta sentencia.

Todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas procesales de esta primera instancia".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso, en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de **CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE-BANCAJA**, recurso que se tuvo por interpuesto mediante proveído de fecha 23.11.10, dándose el correspondiente traslado a las partes por diez días para alegaciones, presentando la representación de **mercantil CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE-BANCAJA**, escrito de oposición a los otros dos recursos; elevándose, posteriormente, los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, mediante resolución de 07.02.11 se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia. Por providencia de 28.02.11 se señala para deliberación, votación y fallo el día 03 de mayo de 2011.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia declara la nulidad del contrato de permuta financiera firmado entre Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante (BANCAJA), y **CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE (BANCAJA) SL** (en adelante **BANCAJA**). Basa sus conclusiones en una clara insuficiencia de la información precontractual y contractual, lo que llevó a la actora a firmar

el contrato por defecto en el consentimiento, generándole un claro perjuicio económico. Condena a las partes a devolverse recíprocamente el importe de los saldos a su favor de las liquidaciones practicadas, abonadas durante la vigencia del contrato y hasta la fecha de la firmeza de la sentencia; y los intereses legales que correspondan a la Caja.

La parte demandada se alza contra la resolución poniendo de manifiesto desde su punto de vista cual fue la finalidad perseguida por la actora al contratar la permuta financiera. Niega la existencia de dolo omisivo a la fecha de la contratación ocultando información que pudiera tener relevancia a la hora de poder prever que en el futuro se producirán dichas liquidaciones negativas. La legal representante de la empresa Sra. () cuenta con una importante formación profesional y empresarial, por lo que no puede existir vicio en el consentimiento prestado por error, mas cuando se le dio todo tipo de información precontractual y contractual. En base a estos motivos solicita se revoque la sentencia y se desestime la demanda declarando la validez del contrato de permuta financiera.

Como hemos venido diciendo en sentencias anteriores sobre casos similares (23 de febrero de 2.001, 11 de abril de 2.011) el conocido contrato de permuta financiera es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 CC y 50 Ccom, 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, aunque 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.

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. En este caso el producto se ofrece al cliente precisamente cuando se iba a endeudar por la inversión realizada en el huerto solar, 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.- Finalidad perseguida al contratar la permuta financiera. La sentencia parte del hecho que la entidad actora comenzó a negociar con la entidad bancaria en el año 2.008, hasta entonces no tuvieron vinculación. Los hermanos se pusieron en contacto con la entidad para financiar un proyecto de huerto solar. Bancaja les ofreció la financiación que necesitaban a través de un contrato de arrendamiento financiero Leasing, por importe de 600.000 euros, pero a la vez se les exigía cierta vinculación con la entidad. Y con el fin de vincular a los clientes se les ofreció este contrato como una cobertura de tipos de interés, es decir, como una especie de seguro ante las fluctuaciones del Euribor. La sentencia delimita con claridad la cuestión, al contratar este producto "el cliente transforma el coste de su financiación, pasando de estar expuesto a las variaciones de los tipos de interés futuros, a estar cubierto a un tipo de interés fijo durante el periodo que dura la cobertura".

El producto se ofreció por BANCAJA con el título "Contrato Cobertura Dinámica", lo que en un principio nos lleva a pensar que se trata de un contrato de protección, como una especie de seguro. Y así lo entendió la Sra. representante de la actora, pensó que era una especie de seguro frente al préstamo obtenido para instalar el huerto solar, si firmaba el contrato de cobertura se garantizaría la subida de los tipos de interés, no tendría que abonar la diferencia.

El director de la sucursal con el que se negoció el producto desconocía el contenido exacto del contrato, luego no es extraño pensar que no supo explicar a la Sra. las características esenciales del mismo. Siendo la Caja 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. La Caja 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.

Se dice por el recurrente que la Sra. era una experta financiera, que con anterioridad había ocupado puestos de relevancia en el Gobierno Vasco y otras instituciones. Bancaja no acredita la cualificación profesional de la representante de , que haya ocupado puestos de responsabilidad en el Gobierno Autonómico no significa que sea capaz de entender las cláusulas del contrato en cuestión, realizado por verdaderos expertos en esta materia, estamos seguros que ni siquiera una persona con estudios superiores puede entender el contrato a excepción de los expertos financieros. La parte apelada admite que la Sra. es licenciada en empresariales, que nunca ha trabajado en temas financieros y que no conocía este tipos de contratos.

Al efecto la Ley 47/07 de 19 de diciembre que modifica la Ley de Mercados de Valores e introduce la denominada normativa MIFID, 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 prestado de servicios, y regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional. Para calificar a la Sra. el director de la oficina Sr. Chavarri declaró en el acto de juicio que realizó un test que él mismo rellenó en su ordenador. El test se realizó el mismo día de la firma y nada tiene que ver con la realidad del contrato, ni con el riesgo que deriva del mismo. Debería ir dirigido a calificar al cliente, si se trata de un experto, o con un perfil de inversor arriesgado, pero tampoco indica ninguna de estas

cualidades. Preguntó a la Sra. [redacted] cuál era la razón por la que desea contratar este tipo de productos, la respuesta fue que intentaba cubrirse del riesgo de tipo de interés; que solo tenía nociones básicas adquiridas por medios de comunicación, radio, televisión, etc., sobre este tipo de productos; que en los últimos años no ha contratado productos de este tipo; y que por su actividad laboral tiene relación con asuntos relacionados con divisas, tipos de interés, materias primas, o renta variable. Añade que conoce las principales características y riesgos financieros de los productos derivados. El test no está firmado por el cliente. En suma, el test nada aportó en este caso, el director de la sucursal realizó el test como una formalidad más sin atender a la verdadera finalidad marcada por la normativa MIFID.

TERCERO.- Sobre el descenso de los tipos de interés a partir de octubre de 2.008 y su impacto en las liquidaciones del contrato de permuta financiera.

El Contrato generó un desequilibrio económico desde un principio con graves pérdidas para el cliente. No es cierto que el leasing sufriese la misma fluctuación que el swap, los índices de uno y otro son diferentes. El Leasing tenía un interés fijo el primer año y se revisa cada año; mientras que el swap se liquidaba a tres meses y sobre un tipo que no estaba asegurado. El contrato expresa que el cliente paga el primer trimestre el euribor tres meses. El trimestre 2 a 14 ambos incluidos, si euribor 3 meses es menor o igual euribor 3 meses t-1, el menor entre el 5,65% y tipo pagado por el cliente t-1-0, 10%. En otro caso: el menor entre el 5,65% y tipo pagado por el cliente t1+ (euribor 3 meses – euribor 3 meses t-1). El cliente recibe el euribor 3 meses. (t-1 significa el euribor pagado por el cliente el trimestre anterior).

El Euribor comenzó a descender de forma progresiva a finales de octubre y primeros de noviembre de 2.008, continuando su descenso durante todo el año 2.009, por lo que en cada liquidación trimestral el cliente tuvo que pagar. Tras intentar analizar la fórmula llegamos a la conclusión que el cliente solo podía recibir dinero en el caso que el euribor estuviese por encima del 5,65, algo que en aquellas fechas era realmente difícil, y que el Banco conocía, cuando se firmó el contrato la tendencia del euribor era a la baja. Las liquidaciones son muy diferentes para el Banco y para el cliente, éste pagará siempre que el euribor esté por debajo de la barrera fijada por la entidad (5,65 que el Banco estableció como "tipo fijo"). La sentencia impugnada explica como todas las liquidaciones tenían saldo negativo para el cliente, con lo cual la garantía o protección frente a una posible subida de intereses se transforma en un contrato que perjudica sus intereses, ya que a la cuota del leasing se le añade, en el mejor de los casos, un costo de 496,66 euros y en el peor 1,872 euros mensuales. Es decir, el costo añadido de la operación es entre un 10,75% y un 28,5 %. El producto ofrecido produce pues, un efectivo perjuicio para el cliente que solo un claro y nítido cumplimiento del deber de información precontractual podía justificar. Compartimos el párrafo en su integridad, hemos podido comprobar todas las liquidaciones negativas giradas y descontadas en la cuenta del cliente, a quien no se le informó suficientemente de lo que estaba firmando como a continuación analizaremos.

CUARTO.- 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 BANCAJA no actuó correctamente en este sentido.

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.

Al respecto ya hemos citado la Ley 47/07 que modifica la anterior e introduce la normativa MIFID, obliga 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 se entregó información escrita al cliente sino que la facilitada de forma oral por la entidad fue contraria a la realidad del producto. El contrato ni aseguraba ni protegía al cliente, sin embargo, esta es la forma en que se vendió, la parte actora pone de manifiesto que estaba en el convencimiento que los contratos les protegían de las posibles subidas de los tipos e interés; que en aquellas fechas la empresa había solicitado un préstamo para financiar el huerto solar, y que la Caja en ningún momento le explicó que los tipos podrían 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 la Caja 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 se 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.

BANCAJA actuó en beneficio de sus propios intereses, olvidando los del cliente, infringiendo lo establecido en el art. 1 RD 629/93 vigente en el momento de celebrarse que contrato, al establece 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 a la Caja 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 de la documentación anexa, y esta circunstancia el banco no la ha acreditado.

QUINTO.- Error en el consentimiento. 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 firmó el contrato expresando su consentimiento de forma errónea y bajo engaño, al no facilitarle la Caja 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 se haya podido evitar con una regular diligencia.

En este sentido, la STS de 18 de febrero de 1.994 establece que para ser invalidante, 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 concurren en el caso, incluso las personales, y no solo las de 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, la Caja debió dar mas información y poner al alcance del cliente todos los medios necesarios para asesorar a la representante 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 la Caja 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.

La Caja aporta un documento informativo sin que haya probado que lo entregó al cliente, no consta su firma ni dato alguno sobre su entrega. El test realizado a la representante tampoco fue suficiente para dar a conocer el riesgo de la inversión, ya hemos hecho referencia a las preguntas, nos parece un mero trámite. Se trataba de un contrato de adhesión que requería mayor conocimiento e información de las características del producto al cliente y sobre todo de los riesgos asumidos.

Así, en virtud de lo dispuesto en los art. 1.261, 1.300 y s.s. 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. 1.00 y 1.108 del mismo texto legal.

SEXTO.- Que las costas de esta instancia se abonarán por el recurrente ex art. 394 y 398 LEC.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por **CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLON Y ALICANTE, BANCAJA** representada por la procuradora Ana Rosa Frade contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Vitoria, **CONFIRMANDO** la misma; y con expresa imposición de costas al recurrente.

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 desde su 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.