

Roj: SAP B 4778/2011
Id Cendoj: 08019370192011100229
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 19
Nº de Recurso: 466/2010
Nº de Resolución: 253/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE MANUEL REGADERA SAENZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMONOVENA

ROLLO Nº 466/2010- E

Procedimiento ordinario Nº 1336/2009

Juzgado Primera Instancia 8 Barcelona

S E N T E N C I A Nº 253/11

Ilmo. Srs.

D. RAMON FONCILLAS SOPENA

Dª ASUNCIÓN CLARET CASTANY

D. JOSE MANUEL REGADERA SAENZ

En la ciudad de Barcelona, a nueve de mayo de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimonovena de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, seguidos por el Juzgado Primera Instancia 8 Barcelona, a instancia de Gumersindo contra CAIXA D'ESTALVIS DE SABADELL; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte apelante, Gumersindo , contra la sentencia dictada en los mismos el día 24 de marzo de 2010, por el/la Sr./a. Magistrado/a del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Gumersindo contra Caixa d'Estalvis Sabadell, absuelvo a la demandada de los pedimentos formulados, imponiendo al demandante las costas derivadas de este procedimiento."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte apelante Gumersindo mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria y elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 14 de abril de 2011.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE MANUEL REGADERA SAENZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por parte de la representación de D. Gumersindo se interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada el día 24 de marzo de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona en Juicio Ordinario nº 1336/2009 .

La referida resolución desestimó la demanda interpuesta por el apelante contra CAIXA D'ESTALVIS DE SABADELL en reclamación de que se declarara la nulidad del contrato de "Gestión de Riesgos Financieros" que las partes suscribieron el día 25-6-2007 y se condenara a la demandada al abono de la cantidad de 2.678,23 euros. La Sentencia de instancia entiende que no hubo error en el consentimiento al suscribirse el mencionado contrato y, por tanto, que no es procedente su nulidad.

Insiste la apelante en su recurso de apelación en que el contrato es nulo por error en el consentimiento o por dolo de la demandada, ya que no se proporcionó al actor la información suficiente para que comprendiera la clase de contrato que estaba firmando y se le ofreció como un contrato de seguro ante eventuales subidas de los tipos de interés.

La apelada solicita la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- El contrato de autos, suscrito por las partes el día 25-6-2007 y denominado por la demandada "Contrato de Gestión de Riesgos Financieros", es un "swap" o contrato de permuta financiera de tipos de interés. Es una operación financiera con derivados sobre tipos de interés, en la que dos partes acuerdan intercambiarse los flujos de los tipos de interés, en este caso ambos como pagadores variables: la entidad financiera el EURIBOR a tres meses y el cliente el EURIBOR a tres meses con determinadas variables. Ciertamente, se añaden al contrato unos límites, de forma que si lo abonado o recibido por el cliente es más o menos de los barreras que se establecen, se estipulan compensaciones por parte de la entidad financiera. Se trata de un contrato consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y determinada, atípico, y aleatorio (vid *art. 1790 del C. Civil*), que genera derechos y obligaciones para ambas partes. En absoluto es un contrato de seguro ni se le parece, ya que es simplemente una apuesta sobre un valor cambiante, que protegerá al cliente del riesgo de subida de tipos de interés sólo si las variables contratadas le benefician en ese escenario.

Pues bien, bueno será comenzar recordando que, entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el *art. 1261 del Código Civil*, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al *art. 1262 del mismo Código*, y que será nulo, según establece a su vez el *art. 1265* de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Como señala la S. de la A.P. de Pontevedra de 7 de abril de 2010, refiriéndose a la S. del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón de 21.1.2010: *"La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros ."*

Por tanto, será necesario analizar si la entidad financiera demandada cumplió con las obligaciones de información al cliente que le impone la legislación vigente.

TERCERO.- 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 *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.*).

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. 78 bis*); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el *art. 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 (*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 (*Artículos 60 y siguientes, en especial 64* sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Actualmente, como se ha dicho, el deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios se regula por la *Ley 47/2007, de 19 de diciembre*, por la que se modifica la *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su arts. 78 y s.s.*, y por los *arts. 60 y s.s. del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero*, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la *Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva*, aprobado por el *Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre*. Todas estas normas son el resultado de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) - *Directiva 2004/39 de 21 de abril de 2004*, *Directiva 2006/73 de 10 de agosto de 2006* y *Reglamento 1287/2006 de 10 de agosto de 2006*, y este último, por el que se aplica la *Directiva 2004/39 /CE* del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, es aplicable directamente, aunque la legislación europea no hubiera sido traspuesta al ordenamiento jurídico español en el momento de suscribirse el contrato cuya nulidad se predica.

A pesar de lo anterior, 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 Código Civil*) 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.*

CUARTO.- Cabe preguntarse entonces si la entidad financiera cumplió con las obligaciones de

información que se especifican en la normativa referida.

En este caso la información que se proporcionó al cliente se resume en el anexo al contrato que obra al folio 60 de las actuaciones. En dicho documento el cliente asume que en determinado escenario (bajada del EURIBOR) puede tener costes financieros superiores a los que hubiera tenido de no suscribir el contrato, y declara asumir los riesgos derivados del contrato. En esencia, nada más.

En realidad al cliente se le informa sobre lo obvio. Como señala la S. de la A.P. de Oviedo (Sección 5ª) de 23 de julio de 2010 : *"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."*

Sigue señalando esa misma resolución que: *"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 si aquéllos se ponen en relación con los del desarrollo de la relación desde la primera contratación el año 2.004, 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."

En esta misma línea razona la S. de la A.P. de Pontevedra de 7 de abril de 2010 , al señalar que: *"Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión."*

Es decir, en este caso no se hizo, o no consta por escrito, valoración alguna de la idoneidad del cliente conforme exige el art. 79 bis 5 de la Ley de Mercado de Valores . Tampoco se hizo test de conveniencia, tal y como exige el art. 79 bis 7 de dicha norma. No se informó concretamente sobre los riesgos del producto, tal y como exige el art. 64.2 del RD 217/2008, de 15 de febrero .

Así pues, el anexo a que se ha hecho referencia no puede considerarse que cumplimente las obligaciones de información que la entidad financiera tiene frente a su cliente. Y si esto es así, se dan a juicio del Tribunal las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26-6-2000 (RA 9177) : *"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 (Sentencias 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 (SS. 4 enero 1982 [RJ 1982, 179] y 28 septiembre 1996 [RJ 1996, 6820]).".

Lo anterior implica que se declare la nulidad del contrato por error en el consentimiento, lo que conllevará la devolución por la entidad financiera de las cantidades percibidas en virtud del contrato cuya nulidad se declara.

A tal conclusión no obsta el que el contrato de autos contenga una cláusula en la que se fijan barreras de máximos y mínimos. Esas limitaciones no eximen a la entidad financiera de cumplir con las obligaciones precontractuales de información que se han especificado. Sobre todo lo anterior porque en un escenario de EURIBOR rondando el 1% (lo que debió ser advertido, según se ha dicho), esas compensaciones siempre benefician a la entidad financiera, ya que la entidad compensa al cliente por la cantidad media recibida (que es el EURIBOR a tres meses, es decir, en los últimos tiempos una media del 1,5%) hasta el 3,25%, mientras que le devuelve la cantidad que haya pagado por encima del 5,15%, es decir, nada porque el EURIBOR hace años que no alcanza esa cantidad. Por tanto, en los últimos meses de vigencia del contrato, el cliente pagaría un 5,05% y percibiría poco más del 1%. Y, claro, de esto tampoco se informó al cliente.

Antes de terminar, cabe hacer algunas consideraciones generales sobre los contratos de permuta financiera, que tanta litigiosidad están provocando.

En este caso, y en la generalidad de los de este tipo, no se trata de contratos desligados de otros. Normalmente se ofrecen a los clientes como una forma de seguro ante las fluctuaciones de tipos de interés y para cubrir los riesgos de dichas fluctuaciones respecto a otras operaciones crediticias que el cliente ya tiene contratados con la entidad bancaria. Se denominan así "contrato de gestión de riesgos financieros". La forma normal es que el cliente se posiciona como pagador variable, y tal circunstancia fue favorable mientras el Euribor tuvo trayectoria alcista, ocurre sin embargo que en el momento que la tendencia se invirtió, resulta que lejos de obtener el resultado ideado en un principio, las liquidaciones empezaron a ser favorables a las entidades financieras. Es en este momento cuando se empiezan a plantear las nulidades de los contratos por error en el consentimiento, principalmente, como se ha dicho, por alegarse que no se era consciente de lo que se contrataba.

Por lo que hace al error en el consentimiento, la mayoría de las resoluciones (las hasta ahora dictadas por las diversas Audiencias Provinciales y a falta de resolución del T.S.) entienden que la entidad financiera no ha cumplido todos los requisitos de información precontractual exigidos por la legislación vigente, con lo que concluyen que dicho déficit provoca error excusable en el cliente, lo que, a su vez, motiva la nulidad del contrato por error en el consentimiento. Por regla general no se distingue entre los tipos de cliente, aunque la mayoría son particulares o PYMES, e incluso tampoco se distingue si han tenido asesoramiento profesional o no. Existe, desde luego, cierto recelo ante este tipo de operaciones, motivado por la oscuridad de las cláusulas, la complejidad de las mismas (que algunas veces hace que los propios empleados de la entidad financiera no sepan dar explicaciones completas sobre el producto), la mediana diligencia observada sobre la información precontractual, la forma de comercialización del producto (ofrecido como seguro y no como contrato de riesgo con matices aleatorios), la vinculación a otro tipo de contratos y, algunas veces, la obligatoriedad de suscribirlo para la obtención de algún tipo de crédito.

Seguramente se han utilizado inadecuadamente fórmulas contractuales (swaps) para particulares cuando nacieron como productos para grandes inversores, con conocimientos profundos sobre el funcionamiento del sistema financiero, mercados de valores... Se comenzaron a utilizar precisamente justo cuando se desencadenó la crisis financiera internacional en el verano de 2007, y justo antes de que el EURIBOR se desplomara a mediados del 2008, lo que no deja de ser extrañamente casual, ya que en este tipo de contratos quien sale beneficiado ante ese desplome de los tipos de interés es la entidad financiera. Y se reitera, se han comercializado como seguros o contratos de cobertura, en muchos casos (y el presente también), sin especificar que era la entidad financiera quien se cubría y protegía ante un más que previsible desplome del EURIBOR, contraviniendo así todos los deberes que les impone la normativa dictada al efecto. En concreto, contraviniendo el *art. 79 de la Ley* al señalar que "Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes...". Y dentro de esta obligación genérica, la de información, de forma que conforme a lo prevenido por el *art. 79 bis* existe la obligación de "mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.". Y esta información debe "ser imparcial, clara y no engañosa"...

QUINTO.- De conformidad con lo prevenido por el *art. 394 de la LEC* se impondrán las costas de instancia a la demandada.

Visto el *art. 398 de la LEC* no se hará expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por parte de la representación de D. Gumersindo se interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada el día 24 de marzo de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona en Juicio Ordinario nº 1336/2009 , y con revocación de la misma declara la nulidad del contrato de autos y condenara la demandada a abonar a la actora 2.678,23 euros más los interese legales de dicha cantidad desde la fecha de interpelación judicial además de imponerle las costas causadas, sin hacer expresa imposición de las causadas en esta alzada.

Contra esta Sentencia no cabe interponer recurso ordinario alguno.

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 cual se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En Barcelona, a nueve de mayo de dos mil once, 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 las Leyes. DOY FE.