

Roj: SAP VA 736/2011
Id Cendoj: 47186370032011100174
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Valladolid
Sección: 3
Nº de Recurso: 133/2011
Nº de Resolución: 199/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ANGEL MUÑIZ DELGADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

RESOLUCION CONTRATOS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

VALLADOLID

SENTENCIA: 00199/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

SECCION TERCERA

ROLLO Nº 133/11

S E N T E N C I A nº 199

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JOSE JAIME SANZ CID

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

En Valladolid, a siete de junio de dos mil once.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002218/2009, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000133/2011, en los que aparece como parte apelante, BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA BANESTO SA, representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA DEL MAR TERESA ABRIL VEGA, asistido por el Letrado D. JOSE ANTONIO JIMENEZ GUTIERREZ, y como parte apelada, Emiliano , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JUAN ANTONIO DE BENITO GUTIERREZ, asistido por el Letrado D. JOSE LUIS GONZALEZ CURIEL, sobre NULIDAD O RESOLUCION DE CONTRATO DE OPERACION DE **PERMUTA FINANCIERA**, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANGEL MUÑIZ DELGADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera

Instancia de referencia, con fecha 9 de septiembre de 2009 , se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. De Benito Gutiérrez en nombre y representación de Emiliano contra BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A. (BANESTO) debo declarar y declaro la nulidad del contrato objeto de esta litis, con restitución recíproca de las costas al momento anterior a la celebración del mismo, condenado a la demandada a estar y pasar por esta declaración y al abono de las costas procesales causadas."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la parte demandada se preparó recurso de apelación que fue interpuesto dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso. Remitidos los autos de juicio a este tribunal se señaló para la Deliberación y votación el pasado día 23 de mayo de 2011, en que ha tenido lugar lo acordado.

ÚLTIMO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las formalidades legales.

Vistos, siendo ponente el Ilmo Sr. Magistrado Don ANGEL MUÑIZ DELGADO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estima la demanda y declara la nulidad del contrato suscrito el 7 de mayo de 2008 entre el actor y la entidad bancaria demandada, denominado "operación de **permuta financiera** de tipos de interés con techo y suelo parcial (Collar KI en el Floor)", decretando en su consecuencia la recíproca restitución de las prestaciones realizadas por las partes y la vuelta de las cosas al momento anterior a su celebración. Argumenta el juzgador, tras analizar la prueba practicada, que el demandante fue inducido a error por el director de la oficina bancaria de la entidad demandada, que le ofreció dicho contrato como una operación muy ventajosa para aquel al tiempo que le minimizó los riesgos que podía representar, sin aclararle su verdadera naturaleza, condiciones y riesgos. A ello une que la lectura del propio contrato, incluida la cláusula sobre aviso de riesgo, desvela se trata de un texto incompleto, oscuro y difícilmente inteligible para un cliente bancario medio. Concluye por lo tanto que el demandante ni conoció ni pudo conocer lo que estaba firmando con la información que se le ofreció, claramente insuficiente dado su perfil y la naturaleza del producto, actuando confiado en el incorrecto asesoramiento que se le proporcionó por el director de la sucursal, de modo que aprecia fue inducido a error y dicho vicio del consentimiento ha de comportar la nulidad del contrato.

Frente a dicha resolución recurre en apelación la entidad bancaria demandada, formulando una serie de motivos de impugnación que seguidamente pasamos a tratar.

SEGUNDO. - En orden a la naturaleza del contrato concertado inter partes se trata de una operación de **permuta** de tipos de interés, en su origen anglosajón denominado Swap. En el origen de este tipo de contratos, su celebración se desarrollaba 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 respectivamente espejos el uno del otro, en el sentido de que las obligaciones asumidas por el banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas. Posteriormente se ha pasado a que las entidades bancarias contraten 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. La jurisprudencia menor ha destacado en el mismo los tintes especulativos que lo informan, así sentencias de las Audiencias Provinciales de *Cáceres de 18 de junio de 2010* , *León, de 22 de junio de 2010* y *Zaragoza de 26 de octubre de 2010* , poniéndolo otras en relación con el seguro, como la de *Valencia, de 6 de octubre de 2010* , que dice como "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del *art. 1255 del Código Civil* y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (*art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro*), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros". Se trata en definitiva de un contrato o producto financiero teñido de aleatoriedad y destinado en principio bien a clientes con un perfil especulativo bien a empresas que necesitan cobertura de riesgos en operaciones con divisas y similares.

Tal y como pone de manifiesto la práctica judicial y desvela la testifical en juicio de la persona que por aquel entonces ostentaba el puesto de director de la sucursal del banco demandado con la que trabajaba el actor, determinadas entidades bancarias lejos de reservar el producto en cuestión a clientes con los perfiles antes citados, aprovechando la tendencia alcista de los tipos de interés que hace unos años experimentaban los mercados y el alto nivel de endeudamiento a tipo variable, adoptaron una política comercial enderezada a ofrecerlo masivamente a clientes particulares con créditos concertados en dicha modalidad. Lógicamente la contratación de este tipo de producto complejo y de riesgo con personas

carentes de experiencia y específicos conocimientos financieros, requiere para su validez de una completa y exhaustiva información para que el cliente forme correctamente su voluntad. Deberá por lo tanto ser consciente de la aleatoriedad que preside el contrato y de que este no se trata en realidad de un seguro o modo de cubrirse frente a la eventual subida de los tipos de interés, sino de realizar una apuesta en la que la otra parte implicada es una entidad con mayor conocimiento de las vicisitudes y tendencias de los vaivenes de la economía, flujos financieros y propensión de los mercados y tipos. En tal sentido se pronuncian mayoritariamente las Audiencias Provinciales, entre ellas la de *Jaén de 27 de marzo de 2009*, *Pontevedra 7 abril 2010* o *Asturias de 23 de julio de 2010*.

Conocida por el cliente la verdadera naturaleza y finalidad del contrato habrá de suministrársele así mismo la información relativa a una previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, pues solo así aquel podrá valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, en las condiciones de tipo de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no sus intereses. Ello no significa que la entidad bancaria suministre un pronóstico exacto a ultranza del futuro comportamiento de los tipos de interés, sino que como expone el *Decreto nº 629/1993, en el ordinal 3 del artículo 5 del Anexo*, deberá ser "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos", o como exige el *artículo 60.5 del RD 217/2.008* deberá basarse en supuestos razonables respaldados por datos objetivos (letra b). Por otra parte el Banco de España y la C.M.V consideran que las operaciones como analizada se hallan incursas en el mercado de valores, cuya *Ley Reguladora nº 24/1.988 ya en la primitiva redacción de su art. 79* establecía como principio informador 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. El citado *R.D. 629/1.993* subrayó aún más este deber, desarrollando en su anexo un código de conducta que en lo que aquí interesa comporta una adecuada información tanto respecto de la clientela en abstracto, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión, como frente al cliente *al ir ya a contratar*, 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". El Decreto en cuestión ha sido derogado por la *Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre* por la que se modifica la Ley del mercado de valores, que ha incidido aún más en 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, reiterando el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introduciendo el *artículo 79 bis*, en el que disciplina exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece con la finalidad de que 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, sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia **financiera** y sus objetivos. Posteriormente el *R.D. 217/2.008 de 15 de febrero* sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios e inversión ha insistido en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual.

Entendemos en su consecuencia que el deber de información que afecta a la entidad bancaria para la válida suscripción de este tipo de productos o contratos ha de ajustarse a tales parámetros y desde tal óptica ha de analizarse el caso que nos ocupa.

TERCERO.- El análisis de la prueba obrante en autos evidencia en primer lugar que el contrato litigioso consta de diez páginas con un denso contenido, desvelando su lectura el empleo de una terminología técnico-**financiera** de no sencilla comprensión para personas que carezcan de experiencia o específica preparación en el sector. Es más, el propio contrato para el entendimiento de la terminología que utiliza se remite a las definiciones contempladas en otros textos no incorporados al mismo, tales como las incluidas en el contrato marco de operaciones financieras CMOF elaborado por la Asociación Española de Banca Privada y protocolizado en una determinada acta notarial y en lo no contemplado en el mismo a las definiciones "2000 ISDA Definitions" elaboradas por la International Swap Dealers Association. Dicho contrato se hallaba preconfigurado y redactado por el Banco y con dicho contenido se ofrece al cliente, en modalidad de contratación de adhesión, sin que como se afirma en sus dos primeros exponendos se haya redactado recogiendo los términos de una previa negociación habida inter partes.

La testifical del que por entonces era director de la sucursal de la entidad actora con la que trabajaba el actor desvela como fue aquel quien siguiendo la política comercial marcada por la entidad, realizó un estudio entre los clientes del establecimiento a los que fuera factible colocar el producto por tener concertados créditos a tipo de interés variable, bien con la propia entidad o con otra distinta tal y como sucedía en el presente caso. En ejecución de dicha política comercial procedió el citado director a llamar al

hoy demandante, con quien mantenía una estrecha relación tanto comercial como de trato, ofreciéndole el producto y explicándoselo en 10 minutos o un cuarto de hora, presentándoselo como una excelente oportunidad que se iba a agotar (hasta el punto de que el propio cliente firmó e imitó la firma de su esposa no presente en aquel acto) y, según sus propias manifestaciones, "minimizando" los posibles riesgos para facilitar el convencimiento al cliente y la suscripción por este del contrato.

Nos encontramos por lo tanto ante un producto complejo, no tanto por su mecanismo de funcionamiento sino por la finalidad especulativa que esconde y el alto riesgo que conlleva, que se materializa en un contrato de adhesión preconfigurado por el Banco, denso y difícilmente inteligible, que se ofrece de la entidad **financiera** al cliente sin previo traslado para su estudio o para que recabase asesoramiento de otras personas, procediéndosele a informar por la persona de confianza que con el mismo contacta sobre todas las posibles ventajas y no sobre los inconvenientes que de un escenario negativo pudieran derivarse del mismo, minimizándose los riesgos y urgiéndose a su firma. Tal minimización no se ve salvada por el "Aviso importante sobre el riesgo de la operación" que se contempla en el propio contrato, pues su mera lectura desvela lo dificultoso de su entendimiento para una persona no versada en la materia. Así dicho aviso textualmente reza "a) en el caso de que en algún periodo e cálculo la referencia del tipo variable I sea igual o inferior a la barrera de entrada del tipo Floor aplicable, el cliente pagará la diferencia entre el tipo Floor aplicable y la referencia del tipo variable I, siendo esta referencia un extra tipo al tipo de interés existente en el mercado en ese momento. B) en el caso de que en algún periodo de cálculo la referencia del tipo variable II fuera menor que el tipo Cap aplicable y mayor que la barrera de entrada del tipo Floor aplicable, no habrá liquidación alguna."

Es decir, nos hallamos tanto ante un contenido contractual cuanto a una información suplementaria, si cabe aún mas importante ante lo ininteligible de aquel, por completo contrarios al deber de información antes comentado que resulta exigible de la entidad bancaria para que el cliente forme válidamente su consentimiento, provocando error en el mismo. Tal infracción la reputamos como de suficiente entidad para determinar la nulidad absoluta del contrato, puesto que según el *art. 1266 CC* para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, es decir sobre un elemento esencial del negocio y que sea excusable. Y atendiendo a las circunstancias de la contratación mencionadas anteriormente, la falta de información mencionada ha de considerarse en el presente caso como invalidante del consentimiento puesto que afecta a elementos esenciales del objeto del contrato, cual es el riesgo asumido, materializado en las importantes contraprestaciones económicas en caso de escenarios negativos.

No obsta a lo precedentemente expuesto que el actor sea médico de profesión, es decir que posea una titulación universitaria, ni tampoco el que hubiere constituido una sociedad para explotar una clínica o pedido un crédito hipotecario para financiarla con otra entidad concertando algún tipo de cobertura no concretada ni de la que se tenga constancia en autos. Ni es persona con preparación técnica o teórica en el campo financiero ni consta gozase de una experiencia inversora o en operaciones especulativas que le permitiera disponer de conocimientos o información suficientes sobre el producto que nos ocupa previamente a concertarlo o al menos percatarse con la suficiente precisión del contenido del contrato, y menos aún de los riesgos que para el mismo podía comportar dado que se le ofreció la operación apresuradamente como una gran oportunidad, por persona que gozaba de su confianza y suministrándole una información incompleta cuando no sesgada en base a minimizar los posibles riesgos caso de una futura evolución a la baja de los tipos de interés que por aquel entonces presentaban una tendencia alcista. Vamos en su consecuencia a confirmar la resolución impugnada con desestimación del recurso.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en los *arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se imponen a la parte apelante las costas de esta segunda instancia al desestimarse su recurso.

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Banco Español de Crédito S.A., frente a la sentencia dictada el día 9 de Septiembre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valladolid, en los autos de juicio ordinario de los que dimana el presente Rollo de Sala, resolución que se confirma con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

De conformidad con lo dispuesto en el *apartado noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, según redacción de la *Ley Orgánica 1/2009, publicada el día 4 de noviembre* y vigente desde el día siguiente, acordamos, también, la pérdida del depósito constituido al

recurrente al haberse confirmado la resolución recurrida, debiéndose dar a aquel el destino previsto en dicha disposición.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno.

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