

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO núm.

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 2 BARCELONA
PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº



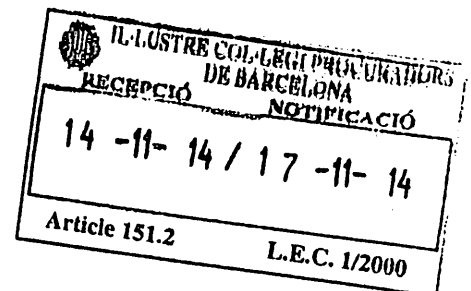
S E N T E N C I A núm. 519/2014

Ilmos. Sres.:

Don José Antonio Ballester Llopis

Don Paulino Rico Rajo

Doña María Pilar Ledesma Ibáñez



En la ciudad de Barcelona, a doce de noviembre de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número seguidos por el Juzgado Primera Instancia 2 Barcelona, a instancia de quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra BANCO SANTANDER, S.A., quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO SANTANDER, S.A. contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 28 de septiembre de 2012, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"FALLO: **ESTIMAR íntegramente** la demanda formulada en su día por ' contra **BANCO SANTANDER**, con los pronunciamientos siguientes:

1. DECLARAR la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras suscritos por las partes en fecha 15 de noviembre de 2006 y 23 de junio de 2009, así como del contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés ("swap bonificado reversible media") suscrito por las partes en fecha 15 de noviembre de 2006, del contrato de permuta financiera de tipos de interés ("swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap con knock-out") suscrito por las partes en fecha 12 de diciembre de 2007 y del contrato de permuta financiera de tipos de interés ("swap tipo fijo escalonado") suscrito por las partes en fecha 23 de junio de 2009 y actualmente en vigor.

2. CONDENAR a la demandada BANCO SANTANDER al pago a de la suma de DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS SIETE con NOVENTA Y TRES (.-18.307'93.-) EUROS liquidación devengada hasta el momento a raíz de la operativa de los citados contratos y sin perjuicio de las liquidaciones, positivas y/o negativas, que se hayan producido del producto en vigor desde la interposición de la demanda, a concretar en su caso en ejecución de sentencia. La citada cantidad líquida devengará también para BANCO SANTANDER la obligación de pago de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, 28 de septiembre de 2012, hasta el efectivo y completo pago de lo debido.

3. CONDENAR a la demandada BANCO SANTANDER al pago de las costas procesales causadas en este pleito."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de BANCO SANTANDER, S.A. y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado veintinueve de octubre de dos mil catorce.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jose Antonio Ballester Llopis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Por la resolución de primer grado, se declara la nulidad respecto de los contratos marco de operaciones financieras y de swap suscritos por la actora y la demandada BANCO DE SANTANDER SA, y se condena a la demandada a que pague a la actora la suma de 18.307,93 euros liquidación devengada hasta el momento a raíz de las operativas de los citados contratos, sin perjuicio de las liquidaciones desde la interposición de la demanda. Frente a semejante pronunciamiento se alza la demandada que interesa en síntesis la desestimación de la demanda.

TERCERO.- Con relación a los contratos de permuta financiera (swap), siguiendo la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sec.1ª, de fecha 4 de abril de 2011,

podemos definir el contrato denominado swap o permuta financiera, en su modalidad de tipos de interés, como el acuerdo que 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 y más concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor. Este tipo de contratos consisten en una permuta financiera en la que en lugar de intercambiarse dos cosas entre los contratantes, que es la forma tradicional, se intercambian (swap en inglés) dos prestaciones dinerarias. En el caso que nos ocupa, pagos futuros de intereses y de inflación, durante un periodo de tiempo establecido y sobre una cantidad determinada, que en ningún caso es objeto de entrega por alguna de las partes. Dichos contratos son un producto complejo de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos y una información clara y exhaustiva. La reciente sentencia de la Corte Federal Alemana de 22 de marzo de 2011 (BGH XI ZR 33/10 , Deutsche Bank/Ille Papier Service) advierte de la situación de desequilibrio de las partes en este tipo de contratos swap: "El banco debe informar claramente al cliente de que el perfil de riesgo/oportunidades entre los participantes de la apuesta de tipos de interés no es equilibrado... También deberá garantizar, en el caso de un producto tan complejo, que el cliente tenga sustancialmente la misma información y el mismo conocimiento que su banco asesor con respecto al riesgo del negocio, dado que solo así le es posible adoptar una decisión autorresponsable sobre si quiere aceptar la apuesta de tipo de interés que se ofrece... Los beneficios de una parte constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la demandada, como banco

asesor, se encuentra en un grave conflicto de intereses". Muchas resoluciones entienden que las obligaciones informativas a las que está sujeta la entidad oferente le obligan a proporcionar al cliente una simulación o proyección de los tipos de interés con diversos escenarios posibles, particularmente, contemplando la posibilidad de un escenario contrario a los intereses del cliente, esto es, con bajadas de interés (vgr. SSAAPP de Burgos de 27 de enero de 2012 , de León de 13 de diciembre de 2011 , de Lugo de 18 de octubre de 2011 , de Baleares de 22 de julio de 2011 o de Badajoz de 17 de mayo de 2011 , entre otras) Es un contrato de naturaleza aleatoria, ya que, al someterse un contratante al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, las recíprocas prestaciones de las partes se encuentran sujetas a un factor incierto, la evolución del tipo de interés de referencia pactado, que determina que nos encontremos ante un producto de riesgo. De hecho, la "permuta financiera" puede ser meramente especulativa, o actuar como "cobertura" de otras operaciones". Al respecto, es de destacar lo señalado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) de 23 de noviembre de 2012 de que la suscripción de un swap no tiene que estar necesariamente vinculada a otro contrato , y que el cliente puede perfectamente concertar con el Banco su suscripción, tras considerar su conveniencia, en función con el montante total de las deudas contraídas con la entidad, calculando el capital nocial en función de su endeudamiento, independientemente de cual sea el importe real de todas deudas o solo una de ellas. La falta de información necesaria y adecuada para tomar conciencia de lo que significa el contrato y de su alcance, y los riesgos asumidos, pueda determinar la anulabilidad del contrato por vicio en el consentimiento. En el ámbito de la contratación bancaria, y, en general, con las entidades financieras se exige un plus de atención y diligencia por parte de la entidad que comercializa los productos financieros de informar al cliente, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente. Los contratantes han de recibir toda la información necesaria

para tomar conciencia de lo que significa el contrato y su alcance, de los derechos y obligaciones derivados del mismo, y valorar su interés en el mismo. Es de destacar la aplicabilidad a la confirmación de permuta financiera la Ley 24/1998, de 28 de julio, de Mercado de Valores, en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 47/2007, y la redacción posterior a dicha reforma, llevada a cabo para incorporar la Directiva 2004/39/CE.

En el actual artículo 79.bis.8.a) i.f. de la Ley del Mercado de Valores, por referencia al 2.2, se califica a las "permutas financieras" (y a los demás "derivados financieros") como "productos complejos", por contraposición con los "productos no complejos". En relación a la obligación de la entidad crediticia de facilitar una información adecuada, el artículo 79 bis 3 señala que es aquélla "que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa". Para los supuestos distintos del asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras el artículo 79 bis 7 impone a la empresa de servicios de inversión que "deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él".

CUARTO.- La interpretación del art. 1266 CC , esencial a los fines ahora debatidos, dispone que "para que el error invalide el consentimiento, deberá 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". La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado, entre otras en su STS 22-mayo-2006 , que "para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12-julio-2002 , 24-enero-2003 y 12-noviembre- 2004)", añadiendo expresamente que "y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18-febrero y de 3-marzo-1994 , que se citan en la de 12-julio-2002 , y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12-noviembre-2004 ; también , Sentencias de 24-enero-2003 y 17-febrero-2005)".

QUINTO.- Así las cosas procede la nulidad del contrato litigioso, por las siguientes razones:

Primera.- D. que comparece por la entidad bancaria y que cuando se firmaron los contratos era apoderado y gerente de empresas declara a) que se trataba de

un producto novedoso, b) que la actora nunca había invertido en productos complejos o de riesgo, c) que las personas que representaban a la ahora demandante eran de un perfil minorista, d) que fue el declarante quien ofreció el producto desplazándose a las oficinas de la empresa actora y tuvo una reunión con la representante de aquélla Sra. Pascual.

Segunda.- El testigo D. , gerente de la sociedad actora manifiesta a) que el Sr. ofreció el producto como una garantía frente a las divisas y frente a los tipos de interés, es decir que si había un alza y la empresa tenía que hacer un pago no le afectaría la subida porque se produciría una compensación, b) que nunca tuvieron la percepción de que habría pérdidas, ni en ningún momento se dijo que en caso de cancelación la empresa hubiera de tener un coste, de lo contrario "esto no se habría hecho".

Tercera.- Los demandantes tienen condición de minoristas, por tanto, se trata de persona ajenas a toda operativa de especulación financiera que ostentan el nivel máximo de protección, tanto a nivel de información y comprensión de los productos financieros que se están adquiriendo, como en la acreditación de que dicha información se ha realizado. En esta situación, aun admitiendo que se trata de una persona preparada en el desarrollo de la actividad mercantil propia de su empresa, con los necesarios conocimientos financieros que ello exige, lo cierto es que estamos ante productos que se ofrecen en una determinada coyuntura económica y que exigen, para su comprensión y correcta valoración, un adecuado asesoramiento. Este tipo de contratos regulan un producto complejo de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos.

Estamos por tanto ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el art. 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto

interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, 17 diciembre 2008), reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada, Se trata por tanto de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada.

Obsérvese que el concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII Enero 2009), y así el art.1298 CC presenta la siguiente redacción: "1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.3 Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error..."

No parece distinto el criterio que nuestra doctrina ha ofrecido respecto al tratamiento del error, y así De Castro sostiene lo siguiente: "El error relevante como vicio del consentimiento consiste en la creencia inexacta, respecto de

algún dato que se ha de valorar como motivo principal del negocio, según y conforme resulte de la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias del negocio. Se requiere una disconformidad entre lo que se considera presupuesto del negocio (p.ej., lo que se debe dar o hacer) y el resultado que ofrece la realidad (lo dado o lo hecho). El dato respecto al que existe el error ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio, para quien alegue el vicio y, además, que, en sí mismo, pueda ser considerado base del negocio (condición sine qua non), teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan dado lugar al negocio".

Por lo expuesto, se aprecia el error como vicio del consentimiento, de forma que la voluntad negocial se habría formado en base a una información parcial e insuficiente que indujo a la parte actora a error al prestar su consentimiento en la celebración del contrato objeto de la presente litis. Cabe así advertir un error en el consentimiento prestado por el administrador de la mercantil actora, esencial y excusable, ante el conocimiento incompleto de las circunstancias esenciales del producto bancario, en especial del riesgo asumido, que se originó por razón de la confianza del cliente en el asesor bancario y la información parcial e inveraz del mismo que inducía claramente a formar la convicción de que el negocio jurídico que se celebraba tenía una finalidad concreta, cuando era elevada la posibilidad de tener que abonar cantidades relevantes al Banco, como finalmente ha ocurrido.

Corolario de lo expuesto es la desestimación del presente recurso y subsiguiente confirmación de la sentencia apelada.

SEXTO.- La plena ratificación de la resolución recurrida determina condena en costas del recurso al recurrente (arts. 394 y 398 LEC).

F A L L A M O S

DEBEMOS DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO SANTANDER, S.A. contra la Sentencia dictada en los autos de Procedimiento ordinario, número ., por el Juzgado Primera Instancia 2 Barcelona, de fecha 28 de septiembre de 2012, la cual se **CONFIRMA** con imposición de costas a dicha recurrente.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.