

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN CUARTA
ALICANTE**

NIG: 03014-37-2-2014-0003127

Procedimiento: RECURSO DE APELACION (LECN) N° 000639/2014-

Dimana del Juicio Ordinario N° 000562/2013

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 3 DE VILLENA

Apelante/s: BANCO DE SANTANDER S.A.

Procurador/es:

Letrado/s:

Apelado/s:

Procurador/es : ELENA HERNANDEZ MIRA

Letrado/s: MARIA ISABEL ANDREU SORIA

Iltmos. Sres.:

Presidente

D.Federico Rodríguez Mira

Magistrados

D. Manuel B. Flórez Menéndez

Dª. Paloma Sancho Mayo

NOTIFICADO PROCURADORA

25 MAR. 2015

ELENA HDEZ. MIRA
COL. N.º 277

En ALICANTE, a doce de marzo de dos mil quince

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, compuesta por
los Ilmos. Sres. Magistrados antes citados y

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 000088/2015

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada **BANCO DE SANTANDER S.A.**, representada por la Procuradora Sra. y asistida por el Ldo. Sr. , frente a la parte apelada

, representada por la Procuradora Sra. HERNANDEZ MIRA, ELENA y asistida por la Lda. Sra. ANDREU SORIA, MARIA ISABEL, contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA

INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 3 DE VILLENA, habiendo sido
Ponente el Ilmo Sr. D. MANUEL BENIGNO FLÓREZ MENÉNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 3 DE VILLENA, en los autos de juicio Juicio Ordinario - se dictó en fecha 31-07-14 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la contra BANESTO, S.A. (hoy perteneciente al Grupo Santander):

- a) Debo declarar y declaro la nulidad de los contratos sobre operaciones financieras o swap de fechas 14/11/2006 y 20/09/2007, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cantidades satisfechas y, en consecuencia;
- b) Debo condenar y condeno a Banesto, S.A. a reintegrar a la parte actora la cantidad de OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS DE EURO (839.459,55 euros) que corresponde a la diferencia entre las liquidaciones positivas y las liquidaciones negativas o cargos generados en virtud de los referidos contratos.
- c) Debo condenar y condeno a Banesto, S.A. a abonar a la parte actora el interés legal de la expresada cantidad desde el 25-10-2013.
- d) Debo condenar y condeno a Banesto, S.A. al pago de las costas de esta instancia."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante BANCO DE SANTANDER S.A., habiéndose tramitado el mismo por escrito ante el Juzgado de instancia, en la forma prevista en la L.E.C. 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación 000639/2014 señalándose para votación y fallo el día 11-03-15.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha estimado la demanda en la que la declarasen nulos dos contratos denominados "operaciones de permute financiera de tipos de interés" que celebró con la demandada Banco de

Santander SA, uno en fecha 14 de noviembre de 2006, con un importe nominal de seis millones de euros, y otro en fecha 20 de septiembre de 2007, con un importe nominal de cuatro millones de euros, y como consecuencia de la declaración de nulidad ha condenado a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 839.459,55 euros que corresponde a la diferencia entre las liquidaciones positivas y negativas practicadas en virtud de dichos contratos, más intereses legales y costas. El recurso que interpone la entidad bancaria demandada no puede prosperar.

SEGUNDO.- Es obligado recordar que, resumiendo una reiterada jurisprudencia y con referencias particulares a la contratación de productos bancarios, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 ha formulado las siguientes consideraciones generales sobre el error vicio:

Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - " pacta sunt servanda " - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " lex privata " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977-.

I.- En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II.- Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994, de 29 de marzo , entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas

presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III.- Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV.- Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V.- Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI.- Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009, de 13 de mayo - exige tal calidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

TERCERO.- En concreta referencia a los contratos conocidos como "swap de intereses" o permuto de tipos de interés, o con otras denominaciones

análogas, y al deber de información a sus clientes por parte de las empresas de servicios de inversión, hay que reseñar:

A.- Las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014 (dos) y 8 de julio de 2014 han destacado la complejidad de este tipo de contratos que requiere “un elevado estándar de información”, la trascendencia del deber que en este sentido pesa sobre las empresas de servicios de inversión y la vinculación del error vicio con el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de dicho deber, indicando que “por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error”. De manera aún más concluyente la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 ha declarado que “en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores”.

B.- Es cierto que las sentencias antes citadas se refieren a supuestos en los que no se habían realizado a los clientes los tests de idoneidad o conveniencia previstos en los arts. 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores en la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que transpuso al ordenamiento interno entre otras la llamada Directiva MiFID, preceptos luego desarrollados por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. Pero no hay en realidad ninguna diferencia sustancial en la solución que merecen los supuestos litigiosos originados con anterioridad, ya que la normativa MiFID no hace sino aclarar, estructurar y reforzar unos deberes claramente preexistentes, bajo la legislación hasta entonces vigente. Y así, por citar sólo algunas disposiciones, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, en su art. 48-2, con el propósito de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre ambas partes que los correspondientes contratos se firmen por escrito, debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos

contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación. Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, en su redacción anterior, ya incluía en el art. 2 entre otros instrumentos financieros los de permuto de tipos de interés, con independencia de la forma en la que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, exigiendo en sus arts. 78 y siguientes a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con el mercado de valores una serie de normas de conducta, tales como las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre aquellos y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Y, por último, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores, desarrollando dichas previsiones con el objeto de contribuir a la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores, vino a imponer a quienes realicen actividades relacionadas con los mercados de valores la obligación de suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan, cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión; dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados 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 en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

C.- En aplicación de los anteriores criterios, esta Sala ha declarado nulos por error en el consentimiento un número ya considerable de swaps de intereses concertados por diferentes entidades bancarias y caracterizados por el denominador común de que a los clientes o no se les había dado la información exigible en función de la complejidad del producto financiero contratado o esta había sido insuficiente y confusa, en particular por presentarlo como una cobertura frente a las subidas de tipos de interés en situaciones de endeudamiento a largo plazo y a interés variable sin destacar convenientemente que el producto tenía una evidente finalidad especulativa y que de hecho venía a suponer también la pérdida de las ventajas de esa modalidad del interés remuneratorio en el supuesto de que se produjera una bajada de los tipos de referencia durante la vigencia del contrato, además del coste adicional inherente a su contratación y correlativo a los beneficios inmediatamente obtenidos por el propio banco (sentencias de 1 de diciembre de 2011, 14 de

junio de 2012, 15 de julio de 2014, 20 de noviembre de 2014, 20 de enero de 2015 y 24 de febrero de 2015).

CUARTO.-Trasladando esta doctrina al caso de autos son de especial relevancia, junto con los demás extremos en los que se extiende la sentencia recurrida, los siguientes:

A.- La demandante tiene sin lugar a dudas la condición de cliente minorista, no constando que tenga preparación o experiencia que le permita decidir de manera responsable y sin información externa la contratación de un producto financiero complejo. Esta condición no se ve alterada por la circunstancia de tratarse de una corporación de Derecho público constituida al amparo de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, puesto que según los estatutos que obran a los folios 74 y siguientes la corporación está integrada por comunidades de regantes y Ayuntamientos de pequeñas localidades y en absoluto forma parte de las funciones que le son propias la inversión en mercados financieros de los recursos destinados a la consecución de sus fines. No consta tampoco que la comunidad cuente con órganos técnicos o con personal especializado en estos mercados y de hecho los representantes de la demandada al declarar en el juicio manifestaron que para presentar el producto trataron con el presidente (agricultor de profesión, y en este punto hay que destacar que tras su declaración en el interrogatorio ni siquiera se ha discutido que no corresponde a él sino a otra persona con el mismo nombre la información sobre cargos directivos en sociedades de consultoría o asesoría que aparece en los folios 461 ss), el secretario (cuya profesión no consta y que al tiempo del juicio había fallecido) y una empleada de administración (cuya titulación declarada es la de contable). El hecho de que de acuerdo con los estatutos la actuación del presidente requiriera autorización previa de la junta de gobierno no permite presumir una mayor cualificación en los componentes de ese otro órgano. Y, por último, a diferencia de otros supuestos contemplados por esta Sala (en especial, sentencia de 30 de abril de 2013) no hay ninguna prueba de que la comunidad hubiera contratado con anterioridad productos financieros complejos, siendo reseñable únicamente su alto nivel de endeudamiento, paralelo a la cuantía del nocional de los swaps antes detallada, cuantía que por cierto extremaba la necesidad de información y asesoramiento al cliente al tiempo que resaltaba la inidoneidad de un producto estructurado con un componente aleatorio que conllevaba el riesgo de empeoramiento de dicha situación.

B.- Ninguna duda cabe tampoco acerca de la complejidad de la regulación contractual y de la estructura financiera del producto, que resulta evidente en función de los términos de los contratos que obran en autos. No contribuye a la claridad el hecho de que el negocio se descomponga en un

“contrato sobre operaciones financieras” con estipulaciones de índole más bien genérica y un anexo que detalla los términos y condiciones de la “operación de permuta financiera de tipos de interés (“la operación””). Y es cierto que en el segundo se destaca al final, como “aviso importante” que “de manera específica manifiesta el cliente en este acto que es consciente de que en el supuesto en que bajaran los tipos de interés podría ocurrir que el Tipo Fijo pagado por el Cliente fuera superior al Tipo Variable II recibido por el Cliente y por tanto el Cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la operación”; pero en el marco de los contratos de adhesión la jurisprudencia tiende a restar valor a cláusulas de esta naturaleza, en tanto que se trata de menciones predispostas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento, que se revelan como fórmulas predispostas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 y 12 de enero de 2015).

C.- Es por tanto determinante la información precontractual suministrada al cliente. Además del contenido de lo tratado verbalmente en la reunión o reuniones, sobre cuyo alcance discreparon los intervenientes en el juicio oral, dicha información consta documentalmente por los elementos de prueba que aparecen en los folios 245 y siguientes (con defectos materiales de orden, inversión de páginas y otros que seguramente son los que explican que el Juzgado no haya considerado parte de su contenido, en concreto el del folio 263 vuelto). Lo que de ellos resulta en primer lugar es que la información escrita fue remitida con una gran premura puesto que una parte se envió por correo electrónico la víspera de la reunión de la junta de gobierno que debía aprobar la primera de las operaciones y la otra parte el mismo día de la junta, en dos correos remitidos uno a las 14,39 horas (con la advertencia “necesitamos enviarlo firmado mañana para que nos respeten la cotización”) y otro a las 16,08 horas, es decir, prácticamente sin tiempo material para una lectura detenida antes de la reunión del órgano competente. Resulta también que la información es insuficiente, sin proporción con la complejidad del producto ni con la cuantía que se proyectaba contratar, pues estaba compuesta por una copia de los documentos contractuales y un folleto o presentación de apenas ocho folios en grandes caracteres (incluyendo carátula, gráficos, etc.). Por último, y como extremo más importante, su contenido sin duda era apto para inducir a error a una persona que no tuviera experiencia en estos productos, ya que en la copia de los contratos se echa en falta precisamente la declaración de conocimiento transcrita en el apartado anterior y en el folleto (que en uno de los correos se describe como “un poco de literatura económica”) lo que se destaca son las funciones de aseguramiento que se atribuyen al producto frente a “la evolución de tipos esperada”, que se sugiere nada veladamente como de

tendencia al alza, terminando por aparecer un aviso semejante a la declaración de conocimiento antes reseñada, pero en forma totalmente desconectada del resto de la información, en tipografía mucho más pequeña y con empleo de una terminología jurídica inadecuada para una exposición comercial informativa. Todas las consideraciones anteriores vienen referidas al primero de los contratos, ya que en el segundo la información precontractual prácticamente no existió, cosa explicable porque en ese momento por la evolución del mercado el contrato ya concertado venía funcionando de manera favorable a los clientes, pues hasta ese momento las liquidaciones eran positivas.

D.- Las demás circunstancias que rodearon a la contratación en nada alteran cuanto se deduce de lo expuesto. Es cierto que en el acto del juicio los representantes de la demandante reconocieron que la iniciativa de la contratación había provenido de ellos, en búsqueda de una solución al problema presupuestario que tenían porque venían experimentando constantes incrementos en sus costes financieros por la subida de los tipos de interés, pero esto viene a poner de manifiesto la relación de confianza y la asimetría de medios características de situaciones de esta naturaleza, y en nada obsta al deber del banco de informar detallada y objetivamente sobre las ventajas e inconvenientes del producto que ofrecía, incluyendo la presentación de alternativas como la contratación de un seguro de tipos que en el mismo acto de la vista sugirió el perito de la parte demandante. Nada puede sorprender que los demandantes no mostraran disconformidad con las iniciales liquidaciones positivas, pues precisamente eso era lo esperable y lo coherente con su errónea concepción de la naturaleza de los contratos. Y tampoco puede serles perjudicial que hayan esperado al vencimiento de estos para ejercer la acción resolutoria dentro del plazo previsto a tal efecto en el art. 1301 del Código civil, ni cabe reprocharles que hayan cumplido las obligaciones de pago que se derivaban de las liquidaciones negativas, puesto que, además de que han alegado reclamaciones verbales y constan intentos de negociación previos al juicio (folio 326), de todo ello no puede derivarse sin más la convalidación de los contratos en tanto que no se trata de actos inequívocamente realizados con esa finalidad, o que la presupongan.

E.- La Sala considera que los anteriores extremos son suficientes para refrendar el pronunciamiento anulatorio alcanzado en la instancia, sin necesidad de examinar los demás defectos en su día imputados al producto contratado por parte de la demandante, en particular los que han sido objeto de prueba pericial contradictoria.

QUINTO.- Al desestimar el recurso han de imponerse las costas a la parte apelante por aplicación de los arts. 394-1 y 398-1 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander SA, representada por la Procuradora Sra. , contra sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Villena, con fecha 31 de julio de 2014, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta instancia.

Dese el destino legal al depósito constituido para el presente recurso.

Esta sentencia es susceptible de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que deberán interponerse por medio de escrito presentado ante esta Sala en plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme determina el art. 248 LOPJ y, con testimonio de la misma, dejando otro en el rollo, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

* INFORMACIÓN SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15º de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o recurso extraordinario por infracción procesal contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50€ por cada recurso, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco SANTANDER, en la cuenta correspondiente a este expediente Entidad 0030, oficina 3029; cuenta expediente nº 0188-0000-12-0639-14; indicando, en el campo "concepto" -según el caso- el código "06 Civil-Casación" o el código "04 Civil-Extraordinario por infracción procesal"; y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.