

NOTIFICADO: 12/07/16

**AL OBJETO DE DAR CUMPLIMIENTO A LA REFORMA 42/15 DE LA LEC , TODOS LOS ESCRITOS QUE SE RECIBAN DESPUES DE LAS 13,15 HORAS , SE PRESENTARAN AL DIA SIGUIENTE HABIL AL DE SU RECEPCION POR ESTE DESPACHO.**

**ROLLO NÚM. 001025/2016**

K

**SENTENCIA NÚM.: 792/16**

Ilustrísimos Sres.:

**MAGISTRADOS**

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

En Valencia a doce de julio de  
dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 001025/2016, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000105/2013, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 20 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador de los Tribunales CARLOS FRANCISCO DIAZ MARCO, y asistido del Letrado ANGEL CLIMENT SERENA y de otra, como apelados a CLIENTE S.L. representado por el Procurador de los Tribunales LAURA OLIVER FERRER, y asistido del Letrado BENJAMIN PRIETO CLAR, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER S.A..

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 20 DE VALENCIA en fecha 4/11/15, contiene el siguiente FALLO: "Que estimando de modo sustancial la demanda formulada por la Procuradora D<sup>a</sup> Laura Oliver Ferrer en nombre y representación de la mercantil CLIENTE

SL contra la entidad Banco Español de Crédito SA sobre declaración de nulidad de los contratos swaps o permutas financieras de tipos de interés concertados el 26 de septiembre de 2006 y el 24 de septiembre de 2008 respectivamente, con la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y devolución de las mismas a la actora

con compensación de las positivas,debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de permutas financieras de tipos de interés referidos,condenando a la demandada Banco Español de Crédito SA a estar y pasar por dicha declaración,y a la restitución a los demandantes de la diferencia entre las liquidaciones positivas y las negativas o cargos generados por dichos contratos que supone el importe de 49725,83 euros, que se incrementará con el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia.

Se imponen las costas a la parte demandada."

**SEGUNDO.-** Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANCO SANTANDER S.A., dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

**TERCERO.-** Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Por la representación de BANCO DE SANTANDER S.A se interpone recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 20 de Valencia de 4 de noviembre de 2015 por la que se estima la demanda promovida contra la entidad reseñada por CLIENTE S.L, en ejercicio de la acción de nulidad de los contratos de permuta financiera de intereses de 26 de septiembre de 2006 y 24 de septiembre de 2008 (documentos 6 y 8 de los acompañados al escrito de demanda, pronunciándose en los términos que han quedado transcritos en el antecedente primero de esta resolución, que se tiene por reproducido.

Alega la recurrente (folio 683 y sucesivos de las actuaciones) que la Sentencia recurrida es lesiva a sus intereses, por lo que tras exponer los antecedentes que estima de su interés (alegación primera a los folios 684 y correlativos), alega los siguientes motivos de apelación:

- 1) Infracción de los artículos 1265 y 1266 del C. Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre el error como vicio del consentimiento.
- 2) Infracción de los artículos 316, 326, 376 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la errónea valoración de las pruebas documentales y testificales practicadas.
- 3) Infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no desestimar la demanda cuando la demandante ha incumplido la carga probatoria.
- 4) Errónea aplicación y fundamentación de la normativa contenida en la Ley 47/2007 y RD 217/2008.
- 5) Infracción de los artículos 1.311 y 1313 del Código Civil.

Y termina por suplicar (folio 725) la íntegra estimación del recurso, la revocación de la sentencia de primera instancia y la absolución de su representada de los pedimentos contenidos contra ella en el escrito de demanda.

La representación de CLIENTE S.L se opone al recurso de apelación por las razones que constan, en extenso, al folio 730 y sucesivos, solicitando la desestimación de las alegaciones adversas y la confirmación de la resolución apelada con imposición a la entidad recurrente de las costas ocasionadas en la segunda instancia.

**SEGUNDO.**- Este Tribunal en uso de la función revisora que le atribuye la apelación en el artículo 456.1 de la LEC ha procedido al examen de las alegaciones de los litigantes, de la prueba practicada (documental respectivamente aportada con los escritos de demanda y de contestación, así como prueba practicada en el acto de juicio) y del contenido de la Sentencia de apelación (folios 539 a 596), y como consecuencia de tal revisión, ha llegado a las conclusiones que se expondrán seguidamente, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 218 y 465.5 de las LEC.

Como punto de partida y a tenor de los hechos admitidos en el proceso y la prueba aportada por las partes, conviene destacar que la Sentencia apelada (descriptiva de las respectivas posiciones de las partes, de las normas y jurisprudencia que estima de aplicación al caso, así como de la actividad probatoria desplegada en el litigio), en el QUINTO de sus antecedentes contiene una relación completa de los hechos que se consideran probados, a los que la Sala se remite para evitar innecesarias reiteraciones, sin perjuicio de destacar, a los efectos de los pronunciamientos que haremos seguidamente, que de tal relación de hechos probados se desprende:

- a) El objeto de la entidad demandante y el perfil de sus administradores solidarios, con estudios básicos y ajenos al ámbito económico financiero;
- b) Que la propuesta de concertación de los contratos de permuta financiera que se han ido perfeccionando entre las partes, procede de la entidad demandada,
- c) Que en tal proceso negociador no se informó adecuadamente a la actora de la naturaleza compleja de los contratos suscritos y sus verdaderos efectos en caso de producirse un escenario de caída de los tipos de interés, determinante de costes desproporcionados para la demandante, plasmado en las liquidaciones negativas que han sido aportadas;
- d) El importe de los daños sufridos por la actora como consecuencia de la relación contractual resultante de los contratos litigiosos anteriormente citados.

En la fundamentación jurídica de la Sentencia se contiene el detalle de las liquidaciones consecuencia de la relación contractual objeto de la apelación (folio 590 y 591).

**TERCERO.**- Atendido cuanto ha quedado expuesto en el precedente Fundamento Jurídico, y revisada la amplísima prueba documental aportada por los litigantes y la practicada en el acto del juicio, la Sala llega a las mismas conclusiones que se expresan en la resolución dictada por la magistrada “a quo”, sin apreciar al caso ni el error de valoración probatoria alegada por BANCO DE SANTANDER S.A, ni error en la aplicación de las normas procesales sobre carga de la prueba (217 LEC) o valoración de la practicada (316 – interrogatorio de parte -, 326 – eficacia de los documentos privados -, 376 – valoración de

la declaración de los testigos - y 386 – método de las presunciones judiciales -, todos ellos de la LEC), ni en lo que concierne a la aplicación de las normas sustantivas sobre anulabilidad por vicios del consentimiento y los efectos derivados de su estimación, y en concreto, los artículos 1265 y 1266, 1311 y 1313 – sobre confirmación de los contratos - del C. Civil, en relación a los criterios jurisprudenciales que los interpretan.

El Tribunal Supremo, se ha venido ocupando de forma reiterada, en el último trimestre de 2015 y a lo largo del corriente 2016 sobre la irregular comercialización por las entidades bancarias de los contratos de permuta financiera, no tanto en el marco de la relación entre profesional y consumidor, sino especialmente en la relación entre profesionales.

Y así, entre otras, ha venido justificando sus pronunciamientos estimatorios de las pretensiones deducidas, en la concurrencia de las siguientes conductas:

a) La omisión de la información que permitiera comprender las características más relevantes del contrato (STS 9/12/15).

b) La ausencia de información sobre los riesgos (STS 10/12/15), o sobre las consecuencias de la fluctuación (STS 29/12/15) o sobre el coste de cancelación (STS 25/11/2015).

c) No asegurarse de su comprensión por el cliente (STS 15/10/15).

d) Obviar el análisis de la situación del cliente (STS 10/11/15).

e) No comprobar la adecuación del producto al perfil (STS 17/12/2015), como acontece al caso, dado que el test de conveniencia aportado a las actuaciones y relativo al segundo de los contratos de permuta financiera objeto del litigio (el suscrito el 24 de septiembre de 2008), ya revela la inadecuación en el supuesto que enjuiciamos, pues se desprende del mismo el nivel de estudios básicos de quien lo suscribe y el desconocimiento de este producto en concreto, a tenor de las respuestas plasmadas en el documento en cuestión.

f) Inducir a la contratación conociendo la situación económica financiera del cliente y la inadecuación del producto para el mismo (STS13/10/2015).

g) No entregar la documentación contractual (STS 10/11/15) o hacerlo de forma incompleta (STS 13/10/15).

h) Desplazar al cliente el deber de informarse (STS 20/11/2015), que es lo que hace la demandada respecto a la actora en el escrito de contestación a la demanda y en el propio recurso de apelación, cuando afirma – al folio 691 – que *“la actora tuvo la posibilidad de examinar el clausulado del contrato y de revisarlo e incluso de consultarlo con quien tuviera por conveniente [...] dispuso de los medios para despejar cualquier error”*. O más adelante, cuando añade *“que el representante de la mercantil actora no empleó [...] la diligencia mínima...”*

i) Presumir que el cliente tiene conocimientos financieros suficientes (STS 22/12/2015), resultando del supuesto sometido a nuestra consideración, por las propias manifestaciones previas plasmadas en el test, la ausencia de tales conocimientos.

j) O comercializar el producto a través de empleados carentes de los conocimientos necesarios para cubrir el deber de información exigido (STS 9/12/2015), entre otras conductas.

Del contenido de las resoluciones citadas y en lo que concierne al deber de información, se concluye que ésta debe ser completa, imparcial, clara y no engañosa (tanto en los casos pre Mifid como en los post Mifid); no siendo suficiente aquella que sea genérica, pues se pretende que la tarea informativa sea activa y comprensiva de las ventajas y desventajas del producto, así como de sus costes (incluido el de cancelación).

El Tribunal Supremo rechaza las menciones predisuestas de comprensión de los riesgos (en nuestro caso, el AVISO IMPORTANTE a que se ha hecho referencia por la entidad demandada en relación con el tenor de los contratos suscritos tanto en el escrito de demanda como en la apelación – folio 704 de las actuaciones), e indica que la información incompleta o sin antelación suficiente permite presumir la concurrencia de error excusable, y si bien la prueba de la existencia de vicio de consentimiento incumbe a la parte que lo alega, la carga de la relativa a la información incumbe a la entidad bancaria y es previa a la prueba del error.

Añade a lo anterior que la falta de información no se suple ni hay confirmación por la percepción de rendimientos positivos, por haber hecho frente a los saldos negativos ni por el encadenamiento de varios contratos sucesivos.

Así, en relación a los actos propios – habitualmente invocados por las entidades bancarias en este tipo de procesos, declara en Sentencia de 16 de marzo de 2016, que: *“es ya jurisprudencia consolidada de esta Sala que ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.”*

En la Sentencia de 4 de febrero de 2016 precisa en relación al alcance del deber de información:

*“Hemos dicho en anteriores resoluciones que lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece 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 tipo referencial. No se trata de que Banco Santander pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.*

*7.- El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter experto que le atribuye la Audiencia, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como*

*es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, y 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa (ni siquiera los de quien tiene estudios de comercio o de economía, lo que no es el caso puesto que los administradores de CDA eran un odontólogo y su esposa, ambos de avanzada edad), pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre).*

*En este caso, la "experiencia" del cliente en este tipo de productos financieros que se desprende del test a que fue sometido el cliente y que la Audiencia toma en consideración para excluir la existencia de error, sirve, por el contrario, para confirmar que Banco Santander se limitó a cumplir de modo puramente rituario y formal algunas de las obligaciones de información, pero que el cliente no había comprendido la naturaleza y riesgos del producto, pues de otro modo no se comprendería que el contrato de swap concertado en 2006 fuera cancelado anticipadamente y sustituido en 2007, a instancias de Banco Santander, por otro cuyas condiciones eran más favorables para el banco, puesto que el tipo fijo estipulado era más alto que el del swap de 2006. No se ha justificado la razón por la que CDA habría aceptado la sustitución de un contrato por otro cuyos términos le eran más perjudiciales, de haberle sido explicado adecuadamente uno y otro contrato, ofertados en ambos casos por el banco."*

Y en la de 11 de febrero de 2016 argumenta:

*"... el error se aprecia claramente, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos, sin que bastara para ello la simple lectura del documento en que se instrumentó la confirmación de permuta financiera de tipos de interés, ni tampoco, en este caso, del test de idoneidad. En particular, esta falta de información afecta al coste real para los clientes de las liquidaciones negativas. No era suficiente que en el contrato se mencionara que las liquidaciones podían llegar a ser negativas, ni siquiera que se incluyera un escenario poco relevante, desde la perspectiva de la cuantía de la liquidación negativa, porque el error respecto de los riesgos radica en la conciencia acerca de la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés. En cualquier caso, la acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre el banco.*

Dicho lo cual, tomando en consideración cuanto se ha expuesto anteriormente, no ha quedado acreditado, entre otros extremos, que el legal representante de la sociedad demandante fuera debidamente informado de los riesgos realmente asumidos ni de la gravedad de las liquidaciones negativas que podían producirse en el contexto existente, pues no estimamos suficiente a fin de acreditar cumplido el deber de información la prueba testifical practicada en el acto del juicio. Téngase en cuenta, además, que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 se destaca la insuficiencia de la testifical de los empleados bancarios para acreditar el cumplimiento de la obligación de información o la experiencia del cliente en la contratación de productos financieros complejos.

Por todo lo expuesto, no apreciando la concurrencia de los motivos articulados por la recurrente en su escrito, procede la confirmación de la resolución apelada, máxime cuando

tiene declarado el Tribunal Supremo en la STS de 5 de Octubre de 1998 que *"si la resolución de primera instancia es acertada, la de apelación, que la confirma, no tiene porque repetir o reproducir los argumentos de aquélla, pues basta, en aras de la economía procesal, la sola corrección de lo que, en su caso, fuera necesario, según tiene declarado reiteradamente esta Sala respecto a la fundamentación de la sentencia por remisión (aparte de otras, SSTS 16 octubre 1992 [RJ 1992\7826], 5 noviembre 1992 [RJ 1992\9221] y 19 abril 1993)".* En idéntico sentido la STS de 22 de mayo de 2000, que además añade que: *"una fundamentación por remisión no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva, lo que sucede cuando el Juzgador " ad quem" se limita a asumir en su integridad los argumentos utilizados en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya utilizadas por aquélla (STS de 5 de noviembre de 1992)",* o finalmente, la Sentencia de 18 de octubre de 2012 (Roj: STS 6722/2012).

#### **CUARTO.- Pronunciamiento sobre costas.**

La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de las costas de la apelación y la pérdida del importe del depósito constituido para apelar a que se refiere la Disposición Adicional 15 de la LOPJ.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLO**

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de BANCO DE SANTANDER S.A contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 20 de Valencia de 4 de noviembre de 2015, que confirmamos, con imposición de costas a la recurrente y pérdida del importe del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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

**PUBLICACIÓN.-** Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.