

AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN
SECCIÓN TERCERA

S E N T E N C I A NÚm. 80/09

Iltmos- Sres.;

Presidente
D. JOSÉ CÁLIZ COVALEDA
Magistrados
D ^a .LOURDES MOLINA ROMERO
D. JESÚS MARÍA PASSOLAS MORALES

En la Ciudad de Jaén, a veintisiete de marzo de dos mil nueve.-

Vistos en grado de Apelación, por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, los Autos de Juicio Ordinario, seguidos en Primera Instancia con el núm. 271/07, por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Alcalá la Real, **Rollo** de Apelación de esta Audiencia núm. 311/08, a instancia de D. Antonio José Sánchez Castro, representado en la instancia por la Procuradora de los Tribunales Sra. Hidalgo Moyano, y en ésta por el Procurador de los Tribunales Sr. León Obejo y defendido por el Letrado Sr. Serrano Hermoso, contra

BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A, representado en la instancia por la Procuradora de los Tribunales Sra. Jiménez Sánchez, y defendido por la Letrada Sra. Cuadros Espinosa.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia Apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Alcalá la Real, con fecha 6 de junio de 2008.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada se la dictó Sentencia que contiene el siguiente Fallo: *"DESESTIMAR la demanda interpuesta por la Procuradora. D^a Ana María Hidalgo Moyano, en nombre y representación de D. Antonio José Sánchez Castro frente a "Banco Santander Central Hispano S.A" ;y ABSOLVER a la referida demandada, de los pedimentos efectuados en su contra. Todo ello con imposición de las costas a la actora."*

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó e interpuso por D. Antonio José Sánchez Castro, en tiempo y forma, Recurso de Apelación, que fue admitido en ambos efectos por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Alcalá la Real, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su Recurso en el error en la valoración de la prueba sobre el contenido del contrato, con infracción de la legislación del mercado de valores y los consumidores, refiriéndose también al pronunciamiento en costas.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de Apelación, se presentó escrito de oposición, interesando la confirmación de la sentencia; remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, turnadas que fueron, correspondieron a ésta Sección, en la que se formó el Rollo correspondiente, y al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista se declararon concluidas las actuaciones para

2

dictar la Resolución precedente.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente Recurso el día referido en los Autos, en que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación de este Recurso se han observado las formalidades legales.

Siendo Ponente la Magistrada Iltma. Sra. D^a. Lourdes Molina Romero, que expresa el parecer de la Sala.

NO SE ACEPTAN los Fundamentos de Derecho de la Resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO, - El recurrente se opuso a la sentencia de instancia, alegando el error en la valoración de la prueba, y la infracción de las normas sobre el mercado de valores, y las reguladoras de la defensa de los consumidores y usuarios. Igualmente cuestionó el pronunciamiento en costas. Se estimarán sus pretensiones por los motivos que pasamos a exponer.

La demanda que dio origen al procedimiento instaba la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés, suscrito entre las partes el 1^o de mayo de 2004, solicitando la condena al pago de 6.137,01 euros y las cantidades que se devengasen hasta la ejecución de la sentencia; y alternativamente planteaba la resolución contractual, con idéntica condena.

La entidad demandada se opuso a esta pretensión, y solicitó la libre absolución de las peticiones de la demanda.

La sentencia desestimó la demanda, y contra la misma se interpuso el recurso en los términos ya expuestos.

3

SEGUNDO.- Para resolver el supuesto enjuiciado partiremos de la consideración de que el consentimiento es un requisito esencial, cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa ó tácita de la voluntad (Sentencia T.S. 20 de abril de 2001 R.J 2001, 5282).

En el mismo sentido el error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo, es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente. El artículo 1266 sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa), es decir, a aquel en que ha habido error en la voluntad (error vicio), y no error en la declaración (error obstativo), aquel que invoca la anulabilidad {por el vicio}, éste la inexistencia por la falta de uno de los elementos, y éste último es el producido en este caso (Sentencias T.S. 22 de diciembre de 1999 R.J 1999, 9369 y 10 de abril de 2001 R.J 2001, 2027).

La parte actora alega el error en el consentimiento, como causa para solicitar la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada el 18 de mayo de 2004. El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado, y la escasa formación del personal encargado de dicha comercialización. Así como por la propia redacción del contrato, que vulnera de manera flagrante la Ley General de Consumidores y Usuarios, no ajustándose el producto contratado al perfil del actor.

Así las cosas, hemos de resaltar que se trata de un contrato marco de operaciones financieras, que según el

expositivo II habla sido elaborado por la Asociación Española de Banca Privada, y protocolizado en Acta autorizada por el Notario de Madrid D. Vicente Moreno Torres Caray. La estipulación 2ª del referido contrato establecía que su objeto era la regulación de la relación comercial que surja entre las partes, como consecuencia de la realización de determinadas operaciones, describiéndose al efecto diferentes permutas financieras (swaps). En cualquier caso se remitía a los anexos I y II, que formaban una unidad, y también al documento de confirmación en el que se concretarían las correspondientes operaciones financieras, integrando asimismo el objeto del contrato.

Posteriormente se llevó a cabo la confirmación de la permuta financiera de los tipos de interés, mediante un nuevo documento suscrito también por el actor, en el que se planeaban los términos y condiciones específicos de la operación.

Ambos documentos, que como se dijo, constituían una unidad han de examinarse para deducir si medió o no el error en el consentimiento, que se alega, por la falta de información necesaria y por la forma en que se redactaron las cláusulas del mismo. Todo ello lo pondremos en relación con la legislación en materia del mercado de valores, y con la normativa vigente sobre la protección de los consumidores y usuarios. Toda vez que el actor mantiene que concertó un seguro para garantizar un tipo fijo de interés, en relación con el préstamo hipotecario que había suscrito con la entidad demandada. En definitiva, se trataba de asegurar la contingencia de una posible subida de tipos de interés del préstamo en cuestión, siendo el coste de dicho seguro 600 euros.

Pues bien, de importancia resulta la declaración prestada por D. Antonio Luis Sánchez Espejo, como representante legal de la entidad bancaria demandada, en el sentido de que el Sr. Sánchez Castro se interesó por la posible subida de los tipos de interés, y como quiera que no quería que el tipo pactado en

el préstamo hipotecario subiera le propuso la contratación de un seguro, por el que a cambio del pago de 600 euros se garantizaba un tipo de interés fijo. Aún así, a la vista de los documentos que se le mostraron, aportados con la demanda reconoció su contenido, diciendo que el contrato no lo redactaba él, sino que venía hecho desde Madrid.

como puede observarse, a la vista de los documentos referidos, se trata de un contrato tipo, que como tal ha de ajustarse por la fecha de su redacción al Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El artículo 14.2 de la referida norma dispone que los contratos tipo deberán;de contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustados en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información, previstos en la legislación del Mercado de Valores, y en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. Pues bien, en primer término, y según lo preceptuado en el artículo 15,1 del mismo texto legal, resulta obligatoria la entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, porque precisamente lo suscrito fue un contrato tipo. Sin embargo, únicamente figura firmado por el actor el contrato marco al que se adjunta el anexo I, y la confirmación de la permuta, pero no se adjuntó el anexo II. Este documento, como pudo comprobarse a través de la documentación aportada por el Banco de España, resulta de gran importancia, al contener un conjunto de definiciones para interpretar las confirmaciones de operaciones financieras, documentadas al amparo del contrato marco. Precisamente en dicho anexo se contienen las diferentes opciones, entre las que cabría incluir la que nos ocupa, según la demandada denominada Floor, según la cual, una de • las

partes (comprador) se obliga a pagar a la otra (vendedor) una prima, y la contraparte se obliga frente a ella a que, en el supuesto de que en una fecha futura previamente pactada por las partes, los tipos de referencia cayesen por debajo del tipo Floor, el vendedor pagará al comprador una cantidad Floor que se calculará de acuerdo con lo establecido en el mismo anexo, sobre un importe nominal acordado por las partes.

Dicha documentación no consta que la entidad financiera la entregara al actor, y lo que es más importante, tampoco resulta acreditado que llevara a cabo su obligación de información previa al cliente.

En este sentido, el artículo 5,3 del Real Decreto que comentamos dispone que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y 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 contrate.

Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E, en su artículo 31, 2006/73, el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 629/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de

inversión fundadas.

Es de mencionar de igual modo el Real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril sobre medidas de reforma económica, . En su artículo 19 dedicado a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios. El párrafo 1º del precepto dispone que las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. Asimismo el párrafo segundo establece que las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios, a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Además, las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativos a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictados al amparo de lo previsto en el artículo 48,2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

pues bien, consideramos que el Banco Santander Central Hispano S.A. no cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, pues como se dijo no consta que se le hubiera proporcionado al cliente la documentación necesaria; por ser parte integrante del contrato, para conocer el verdadero objeto o contenido del mismo. El representante legal de la entidad demandada dijo que en la oferta vinculante del préstamo hipotecario se ofreció al cliente una cobertura genérica que podía hacerse de muchas formas. Aunque en el documento de oferta vinculante del préstamo hipotecario, donde se recogen las condiciones financieras del mismo, entre otras el importe del préstamo y los intereses variables pactados, no se hace mención a estas formas de cobertura, y contiene lapsus importantes, sobre la finca hipotecada, que realmente son dos, y no una, e incluso no aparece firmada por ninguna de las

partes.

La entidad financiera asume como objetivos, reflejados en su página de Internet, el llamado espacio MIFID, como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 2004/39 C.E. relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76 C.E, ya citada, y el Reglamento C.E 1287/2006.

En aplicación de la misma se exige la clasificación de los clientes a los que se presten servicios de inversión en las nuevas categorías; minorista profesional y contraparte elegible, para adaptar las medidas de protección a los inversores a la clasificación asignada.

Así, los clientes minoristas, fundamentalmente todos los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc, reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos.

A pesar de ello, el actor, que según los requisitos previstos en el programa que comentamos, tendría la consideración de minorista, no ha sido tratado con las prevenciones exigibles al máximo nivel de protección.

Razón demás para considerar que se ha incumplido la normativa vigente, pues la declaración del representante legal de la entidad demandada D. Antonio Luis Sánchez Espejo, dio cumplida cuenta de ello en su interrogatorio. Llegó a decir que el contrato que nos ocupa se hizo explicándole el contenido al actor. Difícilmente puede creerse tal extremo, cuando interrogado insistentemente por el Letrado del actor desconocía la mayor parte de las menciones técnicas que se contienen en la confirmación de la permuta financiera. Hasta el punto de identificar el anexo II con la confirmación.

Esos lapsus son de interés, porque precisamente la falta de claridad de las cláusulas, a lo que después nos referiremos, y en particular la ausencia de un sistema preciso sobre la liquidación, hacia preciso el Anexo II, que con todo

acierto se denomina "Definiciones para la interpretación" de las confirmaciones de operaciones documentadas al amparo del contrato marco de operaciones financieras".

La confusión en la que el actor se encontró a la firma del contrato marco y de la confirmación ulterior, es patente, a la vista del clausulado de éste último. El propio encargado de la entidad bancaria, aunque identificó la operación como permuta financiera, vino a decir que se trataba de un seguro, por el que, y a cambio de una prima de 600 euros, pasaba de variable a fijo el interés hipotecario. Aunque se predique la autonomía del contrato de permuta, es obvia la relación entre éste y el préstamo hipotecario.

En definitiva, y a la vista de lo hasta aquí descrito, aunque el Sr. Sánchez Castro sea cliente habitual de la entidad demandada, y tenga suscritos dos contratos, como un fondo superselección FIM, acciones, obligaciones, fondo de inversión mobiliario, e incluso un plazo fijo de inversión por importe de 18.000.000 pesetas, esa no significa que conociese de antemano las condiciones de contratación que nos ocupan, o que merezca menor protección informativa que otra clase de clientes.

Mas bien, puede inferirse lo contrario, y por ello su consentimiento lo estimamos viciado, a efectos de mostrar la voluntad contractual precisa para la validez del mismo.

TERCERO.- A mayor abundamiento de lo que antecede no puede olvidarse la protección que ofrece al consumidor la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 de 19 de julio, vigente al tiempo de firmarse los contratos que nos ocupan. En particular el artículo 10 de la norma en cuestión fija las condiciones que han de cumplir las cláusulas no negociadas individualmente: a) claridad, concreción y sencillez en la redacción sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que en todo caso deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) entrega al interesado

del recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación;) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Y sobre todo que en caso de duda sobre el sentido de la cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. En el mismo sentido se pronuncia el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre en su artículo 80.

Así pues, aunque no tengan la condición de abusivas las cláusulas que lo integran, por no concurrir los requisitos del artículo 10 bis de la Ley anteriormente citada, o los del 82 de la vigente Ley reguladora de los Consumidores o Usuarios, lo cierto es que tampoco las cláusulas han sido acordes con la protección que los consumidores merecen, y éste argumento, si bien no determina la nulidad de pleno derecho por abusivas, si contribuye a declarar la nulidad del contrato por el vicio de consentimiento que su inadecuada redacción supone.

La consecuencia obligada de la nulidad que se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (artículo 1303 del Código Civil). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (Sentencia T.S. 22 de abril de 2005 R.J 2005, 3751, entre otras muchas).

Es por ello que la entidad bancaria deberá devolver al actor las cantidades cargadas en la cuenta por importe de 3.717,32 euros más los gastos e intereses 28,29 euros y 130,07 euros además de 2.189,52 euros como importe del segundo adeudo, más 28,30 en concepto de gastos y 43,51 euros como liquidación. En total 5.137,01 euros, más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato de permuta financiera hasta la ejecución de sentencia, y los intereses legales (artículos 1100 y 1108 del Código Civil), desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta.

Asimismo, y como todas las pretensiones del actor se han estimado las costas de primera instancia, conforme al artículo

394,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán por cuenta de la entidad demandada.

Se estima el recurso en los términos ya expuestos.

CUARTO.- Dado el sentir de esta Sentencia, por imperativo del art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hará mención a las costas de esta alzada.

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

F A L L A M O S

Que ESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia Numero Uno de Alcalá la Real, con fecha 6 de junio de 2008, en Autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el número 271/07, debemos de revocar y revocamos la referida Sentencia, y estimando la demanda interpuesta declaramos nulo el contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos interés suscrito en las partes el 16 de mayo de 2004, condenando al Banco Santander Central Hispano al pago de 6.137,01 euros más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato hasta ejecución de sentencia, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta, y al pago de las costas procesales, sin expresa mención de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente Resolución a las partes de conformidad con lo prevenido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Comuníquese esta Sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Alcalá la Real, con devolución de los Autos originales para que se lleve a cabo lo resuelto.

12

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente Juagando,
la pronunciamos, mandamos y firmamos.

ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída y
publicada por la Iltma. Sra. Magistrada Ponente en el mismo
día de su fecha durante las horas de Audiencia Ordinaria; doy
fe.-



13