

Roj: SAP LU 808/2011  
Id Cendoj: 27028370012011100551  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Lugo  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 366/2011  
Nº de Resolución: 553/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JOSE LUIS QUIROGA DE LA FUENTE  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LUGO**

**SENTENCIA: 00553/2011**

**ILMOS. SRES.**

DON JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ

DON JOSÉ MARIA MORENO MONTERO

DON JOSE LUIS QUIROGA DE LA FUENTE (suplente)

Lugo, a dieciocho de octubre de dos mil once.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 801/2010 , procedentes del XDO.1A INSTANCIA N.3 de LUGO , a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000366/2011** , en los que aparece como parte apelante la demandante **CONSTRUCCIONES Y SANEAMIENTOS A PIUNCA SL** , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. Don RICARDO LOPEZ MOSQUERA, asistido por el Letrado Sr. Rodríguez Maseda y como parte apelada la demandada **CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID** , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. Doña RAQUEL SABARIZ GARCIA, asistido por el Letrado Sr. Paniagua Camina, sobre reclamación de cantidad (declaración de nulidad contrato), **siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS QUIROGA DE LA FUENTE.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Con fecha diez de febrero de dos mil diez, el Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Lugo, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: QUE **DESESTIMANDO** la demanda planteada por la entidad CONSTRUCCIONES Y SANEAMIENTOS A PINCA, S.L. contra CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, debo absolver a la demandada de todos los pedimentos de la actora. Sin expresa condena en costas."

**SEGUNDO** .- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la demandante Construcciones y Saneamientos A Piunca SL, teniéndose por preparado el mismo y cumplidos los trámites del *art. 458 y siguientes de la L.E.C. 1/2000* se elevaron los autos a la Audiencia Provincial para la resolución procedente, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Primera.

**TERCERO** .- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

No se aceptan los de la sentencia apelada en lo que se opongan a lo que a continuación se razona:

**PRIMERO.-** La pretensión actora lo es, de nulidad del "contrato marco de compensación contractual para operaciones de derivados" suscrito con la entidad **financiera** demandada, el 19 de julio de 2008, y, el de la misma fecha, de confirmación del "swap", concluido al amparo de aquél, alegando como "causa petendi" error en el consentimiento, como vicio de la voluntad negocial.

Frente a la decisión judicial desestimatoria de la demanda se alza en apelación la parte demandante.

**SEGUNDO.-** Sobre el contrato de **permuta financiera** (swap) ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala en diferentes ocasiones -SS. 505/2010 ; 81 , 247 , 299 , 376 , 400 y 436/2011 - consolidándose el criterio de que se trata de un instrumento financiero complejo, que jurídicamente participa de la naturaleza de los contratos de adhesión, por su creación y redacción a cargo exclusivo del banco, altamente aleatorio, en la medida en que su desarrollo depende de factores variables de difícil comprensión y cálculo para un profano y sobre cuyos riesgos el cliente no profesional (minorista) ha de haber tenido a tiempo pleno conocimiento de causa, dada la obligación de información que pesa sobre las entidades financieras prestatarias - *arts. 2, 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV)* , en su actual redacción y, concordantes del *Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero* - que, en su prueba, incumbe a las mismas cuando se niega de adverso el asesoramiento a que vienen obligadas, y cuyo incumplimiento, en su caso, permite acoger el argumento de que el desconocimiento por el cliente de lo que firma, esto es, el error en el consentimiento así prestado vicia de nulidad el contrato por recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del mismo - *arts. 1265 y 1266 del CC* - con el efecto -*art. 1303 del CC* - de la recíproca restitución de las prestaciones entre las partes.

**TERCERO.-** Del examen de lo actuado en la instancia, el expuesto criterio resulta plenamente aplicable al caso que enjuiciamos, alcanzando, la Sala, una conclusión distinta de la Jueza "a qua", que conduce a la revocación de la sentencia y estimación de la demanda en los términos que recoge la parte dispositiva.

En efecto, no nos hallamos ante la excepción prevista en el *art. 79 quater de la ley del Mercado de Valores* como pretende el apelado ya que no puede considerarse el swap vinculado al préstamo hipotecario por ser el importe nominal de aquél (2 millones de euros) superior al de éste (1'8 millones de euros) - véase en tal sentido (folios 400-403) el Acuerdo del BE y la CNMV- y, en consecuencia, que ante el descenso de los tipos por debajo del suelo (Floor), con la consiguiente obligación de ingreso a la entidad bancaria, la reducción del coste del pasivo financiero (del cliente) lo sea en similar proporción, lo que, evidencia el carácter especulativo y alto riesgo que se deriva de la orden de ejecución que nos ocupa, según permite colegir la pericial del Sr. Jose Pedro a su extremo sexto (folios 205-207), máxime si se tiene en cuenta que en la primera anualidad del préstamo el saldo sobre el que se pagan intereses apenas rebasa, aproximadamente, los 1#4 millones de euros y que no cabe considerar al margen del "contrato marco" por cuanto establece éste las condiciones generales que se aplican a los derivados que se contratan en cada momento (cancelación anticipada, causas y efectos de la resolución contractual, intereses de demora...).

Si lo es, en cambio -véase el *art. 2 de la LMV* -, la normativa citada en el anterior fundamento que incorpora a nuestro derecho la Directiva MIFID. Así, distingue entre clientes profesionales y minoristas, al efecto de establecer el comportamiento debido frente a unos y otros (*art. 78 bis*) contemplando el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios, regulando (*art. 79 bis*) exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente 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, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia **financiera** y fines (*art. 79 bis. 3, 4 y 7* ), información que se plasma en el test de conveniencia *ex art. 73 del R.D. 2172.008 de 15 de Febrero* ; reglamento que insiste en el deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (*arts. 60 y ss., en especial, el 64* , sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Pues bien, tiene, aquí, el actor la condición de "minorista", lo que exige un mayor grado de protección frente al cliente "profesional" ya que no puede presumírsele "la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones" -*art. 78 bis.2 LMV* - por el hecho de tener contratados pasivos financieros por valor global de 9 millones de euros, que no en el especulativo tipo de inversión señalado, sin que concurra en la constructora, según depuso el perito actuante, el activo y cifra anual de negocios que permitiría su calificación como profesional (*art. 78 bis.3 .c*) y sin que conste la renuncia expresa a su tratamiento como minorista *ex art. 78 bis.3.e de la LMV* , con cumplimiento por la entidad **financiera** de los requisitos que establece el precepto.

Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe en el caso que nos ocupa, entendemos, considerar que haya cumplido la demandada con el "onus probandi" de acreditar la existencia de una información adecuada y suficiente a las circunstancias del actor y tipo de negocio realizado y, ello, porque aun cuando el Sr. Ceferino -empleado de Caja Madrid- manifiesta que informó, al administrador de la actora, del funcionamiento del producto, personalmente, y que el mismo día, telefónicamente, lo hizo un compañero suyo del departamento de derivados, Sr. Gumersindo , quien también depuso en el acto del juicio y así lo confirmó, lo cierto es que, de lo por ellos depuesto y de la audición de la conversación telefónica -doc. nº 4 de la contestación- se

deduce que la información se limitó a ilustrar sobre lo obvio, esto es, el posible resultado positivo, negativo o neutro según la fluctuación de los tipos, pero no dispuso, el cliente de documentación alguna relativa al producto al margen del propio documento contractual y una vez firmado (CD II 4'30" a pregunta de su SSª Don. Ceferino ) y mal se compadece, la ausencia de ejemplos claros y concretos de simulación de diferentes escenarios posibles de las consecuencias que para el cliente tendría la asunción del producto, plasmados en los oportunos documentos entregados y explicados con carácter previo a la firma del contrato, con la existencia de una información que se pretende por el apelado adecuada y suficiente. Y es que, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no sus propios intereses. No puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información que el Banco sí posee, en el bien entendido que por resultar imposible que una Ciencia Social como la Economía se muestre exacta, si exige el *art. 60.5.b) del RD 217/2.008* , que aquélla se base "en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

Nótese, además, como el propio Don. Ceferino , reconoce que no se le explicaron las consecuencias en cuanto al coste de una posible cancelación anticipada, lo que no puede justificarse por el hecho de que no se hubiese barajado en aquél momento (CD II 0'25") y desde luego que el contrato incorpore cláusulas -nótese predispuestas- en cuya virtud cada parte manifiesta conocer y aceptar los riesgos que se derivan para sí del mismo y sus posibles derivados o la renuncia al test de conveniencia (estipulaciones 8ª y 15ª), nula eficacia exoneradora pueden tener para el apelado tales declaraciones pues, se producen una vez formada la voluntad de la actora en base a la información recibida cuya, argumentada, insuficiencia sustenta la declaración del error pues, el cliente, que en buena lógica si alcanza a comprender lo que se le dice es una precaución frente a las subidas de los tipos, por la acción e información desplegada por la entidad **financiera**, contraventora de la expuesta normativa -y dicese acción porque de haberse realizado el test de conveniencia la misma entidad vendría obligada a informarle de lo inadecuado de la operación a sus circunstancias, según permite concluir la pericial Don. Jose Pedro , a su extremo segundo, y que a la Sala permite situar el negocio en el ámbito de lo que la Corte Federal Alemana (equivalente a nuestro TS) no tendría reparo en calificar como "apuesta especulativa" en su Sentencia de 22 de marzo de 2011 - sufre un vicio esencial en el consentimiento, no imputable a quien lo alega, que recae sobre la sustancia de la cosa y que, además, resulta excusable por lo complejo del producto, máxime para quien tiene la condición legal y reglamentaria de minorista, sin que conste haya concluido **permuta financiera** alguna al margen de la de la litis bien pudiendo calificarse al recurrente como una mediana-pequeña empresa que había de recibir de la entidad bancaria un específico, efectivo y cierto asesoramiento cuya prueba no lograda, debe perjudicar a esta última.

**CUARTO.-** Los *arts. 398.2 y 394.1* de la LEC determinan la no imposición de costas en ninguna de las instancias, por la estimación del recurso, en cuanto a las de la alzada, y pese a la total estimación de la demanda, en su consecuencia, en cuanto a las de la primera instancia, porque, ciertamente, estamos ante supuestos controvertidos que merecen disparidad de criterio jurídico en la denominada jurisprudencia menor.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al presente caso.

## **FALLAMOS**

Se estima el recurso interpuesto.

Se revoca la sentencia recurrida.

Se dicta, en su lugar, otra por la que:

- Se declara la nulidad de los contratos mencionados en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

- Y, se condena a la entidad **financiera** demandada a la devolución a la actora de 69.846,77 euros, más los intereses legales.

No se hace condena en costas en ninguna de las instancias.

Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir.

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