

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

SECCIÓN CATORCE

ROLLO N° 616/2013

PROCEDIMIENTO Juicio ordinario 790/2011

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6 de Sant Feliu de Llobregat

S E N T E N C I A N° 158/2015

ILMOS. SRES./AS.

PRESIDENTE

D. AGUSTÍN VIGO MORANCHO

MAGISTRADOS

D. RAMÓN VIDAL CAROU

D^a CARME DOMÍNGUEZ NARANJO

En la ciudad de Barcelona, a veintiuno de mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Catorce de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio ordinario 790/2011, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Sant Feliu de llobregat, a instancia de *****, S.L., representado por el Procurador Sr. Pere Martí Gellida, contra Banco de Sabadell, S.A., representado por la Procuradora Sra. Marta Pradera Rivero, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 22 de diciembre de 2012, por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimo íntegramente la demanda presentada por la entidad *****, S.L. absolviendo a Banco de Sabadell, S.A. de los pedimentos efectuados en su contra, con expresa imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 26 de febrero de 2015.

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

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. AGUSTÍN VIGO MORANCHO de esta Sección Catorce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación, interpuesto por la entidad *****, S.L., se circunscribe a la petición de que se declara la nulidad del contrato de 17 de octubre de 2006 y las confirmaciones de las contrataciones de permutas financieras suscritas entre las partes y que se condena a la entidad demandada a pagar la cantidad de 52.931,89 €.

SEGUNDO.- El contrato SWAP está basado en acuerdos sobre permutas financieras de obligaciones económicas, de cobros y pagos, que se refieren a tipos de interés o divisas distintas. Los Swaps de tipo de interés (Interest Rate Swap) se calculan sobre montantes <<nocionales>> (sin transferencia de principales), que únicamente se utilizan para los cálculos de intereses. Los Swaps de divisas (Currency Swap) se aplican a montantes <<principales>> en divisas distintas, que sí son

realmente transferidas. Se permutan obligaciones de pago, tanto de intereses como de principales, cuyo cambio de referencia es el del contrato del día inicial, los cuales son recambiados al vencimiento del contrato al precio de contado, <<spot>> del día inicial. Estos contratos surgen de un soporte práctico, cuya propia existencia se decanta hacia el establecimiento de unas relaciones jurídicas que se someten a un determinado derecho, originalmente de Common Law conceptualmente distinto del Derecho español. Las cuestiones económicas son las que condicionan el proceso de innovación bajo los esquemas contractuales del derecho anglosajón, impulsados por intermediarios extranjeros, ya sean bancarios o no. En nuestro ordenamiento para la configuración jurídica de esta modalidad contractual debe tenerse en cuenta el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Mercado de Valores y la normativa vigente en materia de Consumidores y Usuarios, si bien debe indicarse que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1.538 del Código Civil y el artículo 346 del Código de Comercio, se lo ha denominado doble venta, doble permuta, de depósito, de venta con cláusula de retroventa, de contratos de préstamos recíprocos e interdependientes surgidos de la operación Swap, si bien se trata de un contrato sui generis, pese a que se le ha venido denominando permuta financiera.

Las características del contrato Swap son las siguientes:

1) Es un contrato principal, ya que tiene fines propios inherentes a su naturaleza, aunque se estipule en relación a otro contrato como un préstamo.

2) Genera reciprocidad de derechos y obligaciones en base a su independencia de los fondos vinculados por las partes del contrato.

3) Es un contrato consensual, en el sentido de que se considera celebrado desde el momento en que las partes se obligan a efectuarse recíprocamente unos pagos de acuerdo con los términos previstos en el contrato.

4) Es un contrato oneroso por el hecho de ser gravoso para ambas partes, exigiendo sacrificios económicos y generando

ventajas. Existe un desequilibrio entre prestación y contraprestación.

5) Es un contrato sinalagmático, dado que derivan obligaciones y derechos para ambas partes. La estructura y el funcionamiento de la relación obligatoria que crea el Swap tiene carácter sinalagmático porque existe una interdependencia o nexo causal entre los dos deberes de prestación, de modo que cada uno de ellos actúa como contravalor del otro. El sinalagma es genérico porque cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la que quedaba obligada a realizar su propia prestación. A su vez, el sinalagma es funcional porque los dos deberes de prestación funcionan entrelazados y deben cumplirse simultáneamente, si bien en caso de pagos con vencimientos a fecha distinta, en que puede haber distanciamiento de las prestaciones en el tiempo, la interdependencia y reciprocidad entre las obligaciones se mantiene en la medida en que cada una de ellas es la razón de la prestación y de la obligación recíprocas.

6) Carácter conmutativo, dado que las partes contratantes determinan de antemano la relación de equivalencia entre las prestaciones.

7) Esencialidad del término de cumplimiento o de ejecución de las prestaciones de las partes, ya que debe fijarse en una cláusula específica el detalle del calendario de vencimiento de pagos a cumplir por ambas partes.

8) Precisión temporal.

9) Facultad de resolución anticipada del contrato Swap, dado que la igualdad de las partes es un término esencial en el Contrato Swap, por lo que puede ejercitarse la cláusula de resolución contractual prevista en el artículo 1.124 del Código Civil; y

10) Exigibilidad de daños y perjuicios.

Los motivos, por los que las empresas acuden al mercado de Swap para realizar operaciones de cobertura de riesgos (Hedging) o de carácter negocial especulativo (Trading) se pueden sintetizar en los siguientes:

- a) Cobertura de riesgo de cambio.
- b) Cobertura de la volatilidad del tipo de interés.
- c) Obtención de un mayor plazo de financiación.
- d) Diversificación de la cartera de endeudamiento.
- e) Obtención de oportunidades de mercado (Arbitraje).
- f) Penetración en mercados inaccesibles; y
- g) Como factor de integración económica.

Con referencia al Swap de tipo de interés (Interest Rate Swap), que es que nos interesa, el objeto del contrato no se trata de objetos específicos, sino de determinadas de valor que están representadas por el tipo fijo o variable de la tasa de interés. Las partes desean asegurarse, como un Swap de tipo de interés la recepción de flujos de interés representativos, que ellas mismas deberán ceder a terceras, más una comisión. Las sumas pagadas en base al contrato Swap no son propiamente de interés en el sentido jurídico del plazo, tanto por la parte que los cede como por la que los recibe, pues en la operación Swap de tipo de interés se ignora la noción de capital. Los montantes a intercambiar son calculados con referencia a una base de cálculo montante nocional (montant notionnel o notional amount) sin estar a disposición de nadie. Es un simple montante de referencia, que logra hacer producir una suma, originada en un tipo de interés, sin poner a disposición el capital.

El inconveniente práctico que ha acaecido en España a partir del año 2007 ha sido la generalización con el que las entidades financieras han suscritos con sus clientes este tipo de contratos con distintas variedades, según se tratara de particulares, empresarios minoristas o grandes empresas. En el caso de los consumidores se ha venido utilizando, como sucede en el presente caso, como una especie de cobertura del tipo de interés ante el temor de que en el futuro se produjera un incremento desproporcionado del tipo del interés del Euribor, que hiciera inviable el pago de la cantidad garantizada con el préstamo hipotecario. Esta es la situación que se produce en el presente caso, por lo que previamente debe examinarse si a los actores se les debe aplicar la legislación protectora de

los consumidores y usuarios.

En el presente caso la entidad actora *****, S.L. y la demandada BANCO DE SABADELL, SA firmaron un CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS de 17 de octubre de 2006 - doc. 1 de la demanda- (pp. 51 y siguientes). Posteriormente se firmó la solicitud de contratación de producto derivado 17 octubre 2006 (doc. 2), en la que constan los siguientes datos: el importe nominal de 1.000.000 €. Fecha inicio 15 diciembre 2006. Vencimiento 15 diciembre 2009. Tipo fijo de pago del 3,25% al 4,29% desde diciembre de 2006 a diciembre de 2009. Tipo variable de pago Euribor, 0,15%. Asimismo se establecen barreras a los tipos variables que van desde el 4% (años 2006 y 2007), 4,50% (2007 y 2008) y 5% (2008-2009). La confirmación del contrato es de 26 de octubre de 2006 (doc. 3), siendo la fecha operación 18 octubre 2006; el inicio el 15 diciembre 2006 y el vencimiento el 15 de diciembre 2009.

Más tarde en fecha de 1 de febrero de 2007 se efectuó otra solicitud de contratación de producto derivado (doc. 4), que es similar a la del documento anterior pero el período va desde el 15 de junio de 2007 al 15 de marzo de 2010; el tipo fijo de pago va desde el 3,75% al 4,45% variando cada cierto tiempo; y la barrera desactivante comprende desde el 4,35% al 4.95% según la anualidad o período. En este contrato hay una explicación de los efectos del producto según la evolución del Euribor 3M. También se adjuntó a dicha contratación un documento explicativo del producto con esquemas y escalas. Correlativa a dicha solicitud se otorgó una nueva confirmación de 7 de marzo de 2007 (doc. 6), siendo la fecha de la operación el 27 febrero de 2007; el inicio el 15 de marzo de 2007 y el vencimiento el 15 de marzo 2010.

Al efectuarse las liquidaciones, no obstante, se produjo un resultado negativo para la actora, pues en el contrato terminado en 6005 la liquidación a cargo de *****, S.L. ascendió a 25.692,63 € y a favor de la actora la suma de 4.980,48 €. Posteriormente, el contrato terminado en 62074 arrojó a

cargo de *****, S.L. la suma de 35.896,51 €, siendo la liquidación a favor de *****, S.L. de 3.676,77 €. Como resultado de estas liquidaciones la actora abonó a BANCO SABADELL la suma de 52.931,89 € (docs. 7 y 8, relativos a los grupos documentales de las liquidaciones).

La sentencia de instancia después de señalar, de forma certera, que en el presente caso no es aplicable la Ley de Consumidores y Usuarios, desestima la demanda por las siguientes razones: 1) El administrador era experto y habitual en la negociación, así como en formalizar contratos financieros, incluso con la entidad demandada 2) Si existió error sería imputable a la parte actora. 3) Considera que la cláusula de vencimiento anticipado del contrato en caso de circunstancias sobrevenidas tiene una finalidad distinta de la pretendida por la actora 4) El importe nominal de los SWAPS de 1.000.0000 € cada uno es irrelevante, pues se trata de un contrato autónomo e independiente. Esta Sala, si bien es cierto que no es aplicable la legislación de consumidores y usuarios, pues la actora es una empresa, considera que la demanda debía estimarse y que del contenido de la cláusulas contractuales se infiere que existe una grave oscuridad en la redacción de las mismas, especialmente en lo relativo a las cláusulas 10 y 14 al tratar del cálculo de la cantidad a devolver en el supuesto de vencimiento anticipado. Por otro lado, debe indicarse que aunque el cliente sea un empresario la entidad financiera debe informar de forma detallada del contenido de los contratos, sin que la explicación contenida en el apartado final del documento 4 de la demanda, ni la documentación contenida en el documento 5 se consideren suficientemente relevantes para informar de forma adecuada y sencilla a la persona receptora de la oferta de contratación.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, después de examinar la citada Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 y la Orden del

Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, se declara: "el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite 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 contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios".

TERCERO. - La parte apelante alega que cuando se firmaron los contratos no era consciente de la trascendencia que suponía para la empresa la suscripción de dicho contrato, que la cláusula de vencimiento anticipado es oscura e incomprensible y no se ha podido entender aún como se calcula la cantidad a pagar de conformidad con la cláusula 14 del contrato, y que tampoco estaba justificado fijar un nominal en cada contrato de 1.000.000 €.

Es cierto que el Sr. ***** era un empresario, pero no consta que tuviera conocimientos financieros, ni asesoramiento de este tipo. También es cierto que, aparte de

la empresa actora, tenía un grupo de empresas (*****, SL; *****, SL; y ***** SL).; que ***** IBÉRICA SL tenía contratado un leasing inmobiliario con BANCO SABADELL ATLÁNTICO; y que ***** SL tenía contratado un préstamo hipotecario con CAIXA CATALUNYA. Sin embargo, no se ha acreditado que la parte actora tuviera conocimiento de la contratación de Swap, máxime cuando en los años de 2006 y principios de 2007 no se conocía mucho en el ámbito empresarial, aunque sí en el sector internacional. Por lo tanto, la información facilitada debe considerarse deficiente, especialmente en lo relativo al cálculo del vencimiento anticipado del contrato, a la fijación del nominal de 1.000.000 € para cada contrato, a la determinación de las barreras desactivantes y a sus efectos, así como a los efectos que se producirían en el supuesto que se produjera una bajada de tipos de interés.

CUARTO.- Respecto al tema del error como vicio del consentimiento si bien es cierto que el error constituye una causa invalidatoria del consentimiento, conforme se dispone en el artículo 1.266 del Código Civil, no lo es menos que, para que tal efecto se produzca es indispensable que el mismo sea sustancial, no imputable al que lo alega en su favor, que se derive de hechos desconocidos para quien lo prestó; sin que sea suficiente el que pudo evitarse mediante el empleo de una regular diligencia y que se acredite suficientemente en las actuaciones. En cuanto a los requisitos del error invalidante del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1982, relativa un contrato de edición, declaró: "Para apreciar la existencia de error invalidante del consentimiento en el caso, alegado por un editor respecto de un contrato de edición, se requiere: a) que sea esencial y excusable pues de no ser así habría que estar a la norma de que los efectos de error propio no son imputables a quien lo padece (Sentencia de 21 de octubre de 1932); b) que sea sustancial y derivado de actos de desconocidos para el que se obliga (Sentencia de 16 de diciembre de 1943); y c) que no se hubiese podido evitar con una regular diligencia, no siendo admisible el error cuando los

contratantes son peritos y conocedores en el negocio".

En cuanto a sus efectos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1986 declaró: "La afirmación de existencia de error, como determinante del consentimiento en el contrato, no desemboca en una nulidad por inexistencia con base en el artículo 1.261 del Código Civil, sino en un vicio del consentimiento efectivamente prestado que se encuadra dentro de la normativa de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, y cuyas consecuencias se proyectan - en el ámbito de los efectos - en el artículo 1.300 del Código Civil, con las limitaciones del ejercicio de las acciones para su homologación judicial prevenidas en el artículo 1.301 del CC (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril y 27 de mayo de 1983 y 11 de julio de 1984)". Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2004, en su fundamento segundo, declaró: "Dice la sentencia de 24 de enero de 2003 que de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las sentencias de 14 y 18 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999, señalándose en la penúltima de las citadas que «la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia»; con cita de otras varias, la sentencia de 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil y establece que «será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque 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; y b) que no sea imputable a quien lo padece

y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe 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 la declaración (sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)".

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001 precisó: "Debe recordarse que si bien el error que recae sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo permite invalidar el consentimiento prestado (art. 1266 del Código Civil) esta Sala, a través de numerosas resoluciones ha venido precisando que tal error invalidante no ha de ser imputable al que lo padece (Sentencia de 29 de marzo de 1994 en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una regular diligencia (Sentencia de 3 de marzo de 1994 no mereciendo tal calificativo el que obedece a la falta de la diligencia exigible a las partes contratantes que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible (Sentencias de 18 de febrero de 1994 y 6 de noviembre de 1996)". Por otro lado, en materia de los contratos de Swap el Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto la apreciación del error como vicio de consentimiento y la consiguiente nulidad del contrato en reiteradas Sentencias, entre ellas las de 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014 (Sta. 384/2014), 7 de julio de 2014 (Sta. 385/2014) y 8 de julio de 2014. Aplicando la citada doctrina al supuesto enjuiciado es evidente que se informó de forma deficiente en la contratación del producto, lo cual originó un vicio esencial en la prestación del consentimiento, de carácter excusable, lo que implica la anulabilidad del contrato y, por ende, la estimación del recurso de apelación y la estimación

íntegra de la demanda interpuesta por la entidad *****, S.L. contra la entidad BANCO SABADELL SA, declarando la nulidad del contrato de 17 de octubre de 2006 y las confirmaciones de las contrataciones de permutas financieras suscritas como consecuencia del mismo entre ambas partes, y, por lo tanto, se condena a la demandada BANCO SABADELL SA a que pague a la actora la suma de 52.931,89 €, así como los intereses devengados desde la fecha de la interpelación judicial.

QUINTO. - Al estimarse el recurso de apelación no procede efectuar especial pronunciamiento de las costas de esta alzada, conforme a lo dispuesto en el artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La estimación íntegra de la demanda implica la imposición a la actora de las costas de primera instancia (art. 394-1 Ley de Enjuiciamiento Civil).

VISTOS los artículos 117 de la Constitución Española, 1, 2 y 9 de la LOPJ, los citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la entidad *****, S.L. contra la entidad BANCO SABADELL SA y, por ende, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha Sentencia, estimándose íntegramente la demanda interpuesta por la entidad *****, S.L. contra la entidad BANCO SABADELL SA, **declarando la nulidad** del contrato de 17 de octubre de 2006 y las confirmaciones de las contrataciones de permutas financieras suscritas como consecuencia del mismo entre ambas partes, y, por lo tanto, se condena a la demandada BANCO SABADELL SA a que pague a la actora la suma de **52.931,89 €**, así como los intereses devengados desde la fecha de la interpelación judicial.

No se efectúa especial pronunciamiento de las costas de

esta alzada.

Se condena a la demandada al pago de las costas de primera instancia.

Se ordena la devolución del depósito constituido para recurrir. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, mediante escrito presentado ante este tribunal dentro del plazo de veinte días siguientes a su notificación. Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.