Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

Sección nº 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 935673532
FAX: 935673531
EMAIL:aps13.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0818742120158044597

Recurso de apelación 1117/2016 -2ª

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell
Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 311/2015

Parte recurrente/Solicitante: BANCO DE SABADELL, S.A.
Procurador/a: Teresa Prat Ventura
Abogado/a:

Parte recurrida:
Procurador/a: Francisco Toll Musteros
Abogado/a: OSCAR SERRANO CASTELLS

SENTENCIA Nº 675/2017

Magistrados:

- Juan Bautista Cremades Morant
- Isabel Carriedo Mompin
- M dels Angels Gomis Masque
- Fernando Utrillas Carbonell
- Maria del Pilar Ledesma Ibañez

Barcelona, dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 17 de octubre de 2016 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 311/2015 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/aTeresa Prat Ventura, en nombre y representación de BANCO DE SABADELL, S.A. contra Sentencia - 20/06/2016 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Francisco Toll Musteros, en nombre y representación de

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Debiendo estimar y estimando la demanda presentada por el Procurador de losTribunales D. Francisco Toll Musteros en nombre y representación de Dña. . . . .
ntra Banco Sabadell, S.A.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

Debiendo declarar y declarando la nulidad de la renuncia efectuada por la actora en fecha 19 de diciembre de 2011.

Debiendo declarar y declarando la resolución contractual del contrato de permuta financiera celebrado entre las partes en fecha 24 de julio de 2008 debiendo restituirse éstas sus respectivas prestaciones más el interés legal del dinero desde las fechas en que fueron percibidas las meritadas cantidades.

Se imponen las costas a la parte demandada."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos, y se designó ponente al Magistrado D. Fernando Utrillas Carbonell .

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 13/12/2017.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Apela la demandada Banco Santander, S.A. el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia estimatorio de pretensión subsidiaria de la demanda formulada por la demandante Sra en ejercicio de la acción resolutoria, por incumplimiento del deber relevante de información de la entidad bancaria demandada, del contrato de permuta financiera de tipos de interés ("Swap subvencionado con barrera desactivante"), de 24 de julio de 2008, concertado entre ambas partes, y que acuerda la recíproca restitución de las cantidades percibidas en virtud del contrato de permuta financiera resuelto, solicitando la apelante la desestimación de la demanda, alegando el cumplimiento del deber de información.

Centrada así la cuestión discutida, resulta de lo actuado, en esencia:

1º.- que las partes concertaron un contrato de permuta financiera de tipos de interés (("Swap subvencionado con barrera desactivante"), con fecha 24 de julio de 2008 (doc 13 de la demanda), con una duración de siete años, sobre un nominal inicial de 5.351.522´58 €, y con liquidaciones anuales, por el que:

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar.
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

1.1.- el banco pagaría anualmente al cliente: el Euribor 12M, y

1.2.- el cliente pagaría al Banco, también anualmente: un tipo fijo del 5´03% del nominal, si el Euribor 12M era inferior al 6´10%; y, si era igual o superior al 6´10%, el Euribor 12M menos un diferencial del 0´15%.

2º.- que, después de unas ligeras subidas, los tipos de interés, iniciaron una caída constante, siendo un hecho notorio que el Euribor subió hasta un máximo del 5´393% en octubre de 2008, bajando a continuación hasta llegar al 0´67% en febrero de 2010, y

3º.- que, por lo tanto, después de una primera liquidación anual negativa, en julio de 2009, de 18.990´47 €, a partir de julio de 2010 se empezaron a pasar unas cuantiosas liquidaciones negativas a cargo del cliente, ascendiendo lo pagado por la actora, en conjunto, hasta la liquidación de julio de 2014, a 848.093´67 €, estando pendiente, en el momento de la presentación de la demanda, la última liquidación de julio de 2015.

Planteada la resolución del contrato concertado entre las partes por incumplimiento del deber relevante de información de la entidad bancaria es lo cierto que las permutas relacionadas con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos constituyen instrumentos financieros derivados, que además deben considerarse productos complejos, por contraposición a los productos no complejos, de acuerdo con los artículos 2.2 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

De modo que el hecho de que las permutas de tipos de interés constituyan productos financieros complejos indica que la prestación del consentimiento por parte del inversor ha de ir precedida de la oportuna información del producto facilitada por el oferente, sea una empresa de servicios de inversión o directamente una entidad de crédito.

En concreto, en materia de contratación de instrumentos financieros, el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, en la redacción de la Ley 47/2007, cuyo objeto fue la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, dispone que:

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estime necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquellas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios.

En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional.

4.- El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5.- Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

Además, desde el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1560), que

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

establece las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrolla la previsión de normas de conducta que deben cumplir las empresas del mercado de valores, que es analizado por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 (RJA 3387/2013), exige que tales empresas deben actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se prevé en lo relativo a la información que las empresas deben facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. 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 contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.». Y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 (RCL 1995, 3013), que desarrolla parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, dispone en su art. 9, en relación con la información sobre operaciones: «Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

En este caso, no puede considerarse probado por la parte demandada, por la prueba documental, y la testifical de los empleados de la demandada que, previamente a la celebración de la operación que es objeto del proceso, se informara expresa y claramente a la demandante sobre los riesgos de la operación de permuta financiera de tipos de interés ("Swap subvencionado con barrera desactivante"), no pudiendo considerarse probado que se le entregara documentación explicativa de la operación, y que además le fuera entregada con la antelación suficiente a la operación para que pudiera ser estudiada por la demandante, o que el contenido de la misma le hubiera sido explicado, y que pudiera ser entendido por la demandante.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

Tampoco, a partir de la información sobre las liquidaciones anuales (doc 15 de la demanda), es posible alcanzar la conclusión presuntiva de la información ofrecida a la demandante en el momento de la suscripción de la operación, o en el curso posterior de la relación contractual, por cuanto en la documentación referida no consta información alguna sobre las características del producto.

Tampoco, a partir del dato de que la demandante hubiera podido adquirir otros productos financieros, como fondos de inversión, o que la demandante se encontrara dedicada al negocio de arrendamiento de bienes inmuebles, es posible alcanzar la conclusión presuntiva de la información ofrecida a la actora, en el momento de la suscripción de la operación de permuta financiera, cuando se trata de productos y operaciones distintas.

En este sentido, el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite asumir la certeza de un hecho, a partir de otro hecho admitido o probado, sólo si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, aunque, según doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2003;RJA 1568/2003), no se exija que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los "facta concludentia" que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, debiendo en todo caso estar sometida a la lógica la operación deductiva.

Por el contrario, no consta que la demandante, en el momento de la contratación de la permuta financiera de tipos de interés, en julio de 2008, tuviera conocimientos o experiencia en productos financieros complejos, resultando del test de conveniencia, realizado el mismo día de la operación, el 24 de julio de 2008, que la actora era cliente minorista, con formación de estudios básicos, sin experiencia en el sector financiero, y con una exposición al riesgo baja (doc 14 de la demanda).

En este sentido, en la actualidad, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2015; RJA 5066/2015), que el suministro de una información inadecuada e insuficiente por la entidad bancaria hace presuponer la existencia del error en un cliente que no sea un experto en el mercado de productos financieros.

Incluso el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente ese carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo no es la del

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/l/AP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

Tampoco lo supone el hecho de que el administrador de una sociedad mercantil pudiera realizar la contratación con la asistencia del contable de la empresa, licenciado en económicas o, como en el presente caso, que la demandante pudiera realizar la contratación con la asistencia de un agente de la propiedad inmobiliaria.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2015 (JUR 2015, 270609) se declara que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad, 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.

En este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.

En las Sentencias del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781), y 460/2014, de 10 de septiembre, se declara que la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrilas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

En las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 244/2013, de 18 de abril (RJ 2013, 3387), y 769/2014, de 12 de enero de 2015, ya se declaró que la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

En el presente caso, resulta de las alegaciones parcialmente conformes de las partes, la prueba documental, la testifical, y la ausencia de prueba en contrario:

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

1º.- que la demandante Sra. se dedica a la actividad de alquiler de bienes inmuebles por cuenta propia, y no consta que tenga acreditados conocimientos sobre el mercado financiero, ni consta que se dedique, o se haya dedicado en algún momento, a operaciones financieras de carácter puramente especulativo, y tampoco consta que disponga de asesores especialistas, o un departamento especializado en instrumentos y mercados financieros.

2º.- que el contrato de permuta financiera de tipos de interés ("Swap subvencionado con barrera desactivante"), de 24 de julio de 2008, le fue ofrecido a la demandante por el personal de la oficina de la demandada, con la que, simultáneamente, la demandante había concertado, en cinco escrituras públicas de la misma fecha de 24 de julio de 2008 (docs 7 a 11 de la demanda), cinco préstamos hipotecarios, como prestataria o avalista, por importe conjunto de 5.450.000 €, para el pago del impuesto de sucesiones de una herencia adquirida recientemente por la demandante y sus hijos.

3º.- que el contrato de permuta financiera de tipos de interés se presentó a la cliente como una cobertura del riesgo de subida del tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios, fijándose el nominal inicial de la denominada cobertura, de 5.351.522´58 €, coincidiendo con el importe de la financiación (doc 13 de la demanda), y por lo tanto como un instrumento accesorio de los préstamos hipotecarios que se le habían concedido a la demandante por la entidad demandada, encontrándose la actora en posición deudora.

4º.- que no consta que, previamente a la celebración del contrato, se informara expresamente a la actora del carácter puramente especulativo del contrato, ya que, por el contrario, en el apartado de condiciones de la solicitud contrato (f.488) se hace constar que el cliente no ha recibido asesoramiento.

5º.- que, en la misma fecha de 24 de julio de 2008, se suscribieron por la demandante: 1.- el contrato marco de operaciones financieras (doc 12 de la demanda); 2.- el contrato de permuta financiera de tipos de interés ("Swap subvencionado con barrera desactivante")" (doc 13 de la demanda); 3.- las cinco escrituras de préstamo hipotecario, por importe conjunto de 5.450.000 € (docs 7 a 11 de la demanda), y 4.- el test de idoneidad (doc 14 de la demanda), pudiendo presumirse ante la abrumadora documentación presentada a la actora, en un mismo día, que no tuvo la demandante la oportunidad de leer detenidamente, analizar, tomar claro conocimiento, comprender, o asentir conocidamente a lo que estaba suscribiendo mediante la firma de la documentación presentada por el banco.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carnedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

6º.- que el denominado contrato de permuta financiera de tipos de interés ("subvencionado" " con barrera desactivante"), se presentó a la actora como una especie de beneficio o privilegio que se concediera a la demandante en relación a la financiación por medio de los préstamos hipotecarios, cuando lo que realmente produce el contrato concertado no es la cobertura sino la generación de un riesgo para el cliente, como es el riesgo de que los tipos de interés bajen del 6´10 %, como efectivamente ha ocurrido a partir de finales del año 2008, debiendo soportar la demandante las consecuencias de una operación puramente especulativa.

7º.- que no consta que se informara claramente a la actora del coste y de las demás condiciones del denominado contrato de permuta financiera de tipos de interés, y en concreto del coste de la cancelación anticipada, sobre la que no existe ninguna advertencia en el contrato.

8º.- que, posteriormente, tampoco consta ningún acto propio de la parte demandante que pueda interpretarse como una aceptación o confirmación del contenido del denominado contrato de permuta financiera, no pudiendo interpretarse en este sentido el mero pago de las liquidaciones negativas, o el cobro de la primera liquidación positiva, por cuanto es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1990, 5 de Marzo de 1991, 4 de Junio de 1992, 12 de Abril de 1993, y 30 de Mayo de 1995) que únicamente son actos propios los caracterizados por una clara, expresa, y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo el propio acto revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados, de modo que los actos propios para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica, causando estado (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995, 30 de septiembre de 1996, y 20 de junio de 2002; RJA 291/1995, 6821/1996, y 5230/2002).

En relación con este extremo, no puede considerarse una renuncia válida y eficaz, según se expondrá en el fundamento de derecho siguiente, el denominado contrato de confirmación, de 19 de diciembre de 2011 (doc 29 de la demanda).

En este sentido, es doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2016, 5 de abril y 6 de junio de 2017 (RJA 242/2016, 358 y 1344/2017), en supuestos semejantes al presente, que el documento de confirmación no se trata de una renuncia en sentido propio. El cliente se limita a firmar un documento elaborado y pre-redactado por la entidad bancaria a tal efecto y llevado por la confianza,

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q
Data i hora 29/12/2017 11:48 Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;

y la urgencia, de obtener una solución al problema surgido de hacer frente a una cuantiosa liquidación negativa no esperada; y la renuncia tampoco es clara, contundente e inequívoca respecto de la subsanación del error invalidante en el que incurrió el cliente en el momento de la suscripción del producto financiero. En este sentido, de la mera lectura del documento de renuncia se desprende que la complejidad del producto ofertado, la determinación de los riesgos asociados y, en su caso, el alcance del coste de cancelación anticipada de dicho producto, resultan inconcretos o no aclarados. Máxime, cuando el mismo documento de renuncia se remite a la propia información que se suministró en el contrato de confirmación de la permuta financiera. Por lo que difícilmente puede concluirse que un cliente, con el perfil del demandante, haya realizado, con la suscripción de dicho documento, una automática renuncia de derechos al comprender, con exactitud y concreción, el alcance de la contratación realizada. Cuando, precisamente, el error de consentimiento en la contratación del producto ofertado está en la base de su reclamación o desavenencia con la entidad bancaria, pues lo contrató en la creencia de que se trataba de una «cobertura» para protegerle frente a las posibles subidas de los tipos de interés.

Por lo tanto, en el presente caso, atendidos los actos anteriores, coetáneos, y posteriores a la celebración del contrato de permuta financiera de tipos de interés, es posible alcanzar la conclusión probatoria de que la demandante, en el momento de la suscripción del contrato, se encontraba en la creencia errónea de que se le había ofrecido, y que estaba suscribiendo, una cobertura de la subida de los tipos de interés, vinculada a la financiación por medio de los préstamos hipotecarios concedidos por la misma entidad, en su condición de cliente habitual, y por su relación de confianza con los empleados de la demandada, y no una operación de permuta financiera de tipos de interés que, según la Sentencia del Tribunal Supremo nº 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 (Casación nº 1729/2010), tiene un carácter puramente especulativo, en el sentido etimológico de realizada con la esperanza de obtener beneficios, basada en las variaciones de los índices utilizados.

En consecuencia, procede la confirmación del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, estimatorio de la pretensión subsidiaria de resolución del contrato que es objeto del pleito, por ausencia de cumplimiento del deber relevante de información a cargo de la demandada, procediendo, en definitiva, la desestimación del motivo de la apelación.

SEGUNDO.- Apela, además, la demandada el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que declara la nulidad del acuerdo, de 19 de diciembre de 2011 (doc

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

29 de la demanda; f.969 a 971), por el que la demandante se comprometió a desistir de cualquier reclamación, y a no reclamar contra el banco o cualquiera otra entidad del grupo Banco de Sabadell por actuaciones relacionadas con la operación de permuta de tipos de interés.

Centrado así el motivo de la apelación, resulta de lo actuado:

1º.- que, en el denominado contrato de confirmación, de 19 de diciembre de 2011, se manifiesta: en el pacto primero, que el cliente y el banco, "una vez reproducidas las explicaciones relativas al tipo de derivado", reconocen la validez de la contratación; y, en el pacto segundo, que "el cliente reconoce que las explicaciones requeridas al banco han satisfecho su necesidad de comprensión del producto sobre el que ya había sido informado".

Sin embargo por la parte demandada no ha sido probado que, en el momento de la suscripción del Swap, el 24 de julio de 2008, según lo expuesto en el fundamento anterior, o posteriormente, en el momento de la suscripción del denominado contrato de confirmación, el 19 de diciembre de 2011, se ofreciera al cliente una información adecuada sobre las características de la operación puramente especulativa concertada.

Por el contrario, en el pacto primero del denominado contrato de confirmación, se sigue describiendo el producto concertado "con la finalidad de dar cobertura a todos los préstamos hipotecarios solicitados", cuando lo que realmente produce el contrato concertado, según lo expuesto, no es la cobertura sino la generación de un riesgo para el cliente, como es el riesgo de que los tipos de interés bajen del 6´10 %, como efectivamente ha ocurrido a partir de finales del año 2008, debiendo soportar la demandante las consecuencias de una operación puramente especulativa.

En este sentido, el artículo 1311 de la Código Civil exige para la confirmación de los contratos que se haga con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado. La confirmación sólo es posible, según el artículo 1311 del Código Civil, cuando se realice: a) con conocimiento de la causa de nulidad; b) habiendo ésta cesado; c) y ejecutando un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a invocar la causa de nulidad. Que se suscriban contratos que novan o confirman nominalmente los precedentes, no supone conocimiento de la causa de nulidad, por lo que no opera el precepto; y si además persiste el vicio tampoco puede acogerse la confirmación.

2º.- que, en el denominado contrato de confirmación, de 19 de diciembre de 2011, la demandante se compromete a desistir de cualquier reclamación, y a no reclamar contra

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

el banco o cualquiera otra entidad del grupo Banco de Sabadell por actuaciones relacionadas con la operación de permuta de tipos de interés; pero no consta, en el mismo contrato, ninguna contraprestación a cargo de Banco de Sabadell, y a favor de la demandante Sra.Giribet, por la renuncia de la demandante.

En este sentido, es lo propio del acuerdo transaccional que las partes, den, prometan, o retengan cada una alguna cosa, en los términos del artículo 1809 del Código Civil.

En el presente caso, únicamente resulta de las alegaciones conformes de las partes, y la prueba documental que, con la misma fecha del denominado contrato de confirmación de 19 de diciembre de 2011, se otorgaron entre las partes cinco escrituras de novación de los préstamos hipotecarios (docs 24 a 28 de la demanda), con el único objeto de: introducir un diferencial de 0´749, del que no consta, en los presentes autos, cualquier beneficio para la demandante; y suprimir la cláusula suelo, en la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés, que fijó un suelo del 4´25 %, siendo así que la cuestión de las cláusulas suelo ya era por entonces litigiosa, y las referidas cláusulas suelo acabaron siendo declaradas nulas por la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, lo cual ha sido reiterado en otras múltiples resoluciones posteriores.

En cualquier caso, según lo expuesto, no se hizo constar en el mismo contrato de 19 de diciembre de 2011 ninguna contraprestación a cargo de Banco de Sabadell, y a favor de la demandante Sra.(careciendo por consiguiente de causa el denominado contrato de confirmación.

En este sentido, es doctrina comúnmente aceptada (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1963 y 20 de abril de 1993), que para la existencia real de los contratos en general que originen relaciones jurídicas exigibles y permitan el ejercicio de las acciones que de ellos se deriven es preciso, por lo previsto en el artículo 1254 del Código Civil, que haya habido un concierto de voluntades serio y deliberado por el cual hayan quedado definidos los derechos y obligaciones de los contratantes, llegando con ello a su perfección, que es el momento cuando empiezan a obligar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, no entendiéndose la convención perfecta, con fuerza coactiva en derecho, hasta que además de la causa y el consentimiento que haya de manifestarse por el concurso de la oferta y la aceptación, no haya aquél recaído sobre el objeto cierto que sea materia del contrato, según los preceptos de los artículos 1261 y 1262 del Código Civil.

En concreto, en relación con la causa del contrato, es doctrina comúnmente admitida

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

(Sentencia del Tribunal Supremo 17 de diciembre de 2004;RJA 1813/2004) que la causa del contrato a que se refieren los artículos 1261.3 y 1274 del Código Civil es el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983 y 25 de febrero de 1995;RJA 4117/1983 y 1643/1995), la razón objetiva, precisa, y tangencial a la formación del contrato, siendo determinante de su realización (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1997;RJA 2912/1997), de modo que la causa genérica y objetiva del contrato se define e identifica por la función económico-social, o práctica, del contrato, que es la razón que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico.

En este sentido (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003;RJA 5850/2003), la doctrina ha venido distinguiendo desde antiguo la causa de los contratos, de carácter objetivo, de los móviles subjetivos que impulsan a los contratantes, por lo que para que los móviles subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el ordenamiento positivo en determinadas hipótesis, será necesario que tales determinantes, conocidas por ambos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto del pacto concreto, operando a manera de causa impulsiva, por lo que el móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición.

3º.- que, por el contrario, en el denominado contrato de confirmación, de 19 de diciembre de 2011, únicamente se impone a la demandante el desistimiento de cualquier reclamación contra el banco o cualquiera otra entidad del grupo Banco de Sabadell por actuaciones relacionadas con la operación de permuta de tipos de interés, sin ninguna contraprestación, en el mismo contrato, a cargo de la demandada, pudiendo presumirse la aceptación de la renuncia por la situación angustiosa de la demandante, en el marco de una negociación con la entidad demandada, a la cual acababa de hacer la demandante, en julio de 2011, un pago de 178.585´21 € con único fundamento en la operación especulativa propuesta por la demandada, habiendo tenido que hacer la demandante el año anterior, en julio de 2010, otro pago de 189.894´73 €, con fundamento en la misma operación de permuta financiera concertada con la demandada con desconocimiento de los riesgos de la operación .

En el pacto quinto, se dice que ambas partes "se dan por enteramente saldadas y finiquitadas de sus respectivas obligaciones respecto de la Operación, renunciando desde este momento y para el futuro a nada más pedir ni reclamar por esta Operación"; sin embargo, después del 19 de diciembre de 2011, la demandante Banco de Sabadell,

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q

no consta que se haya dado por saldada y finiquitada, sin nada más pedir ni reclamar, según el tenor literal de lo pactado, sino que, por el contrario, ha seguido reclamando las liquidaciones de la operación de permuta financiera de tipos de interés, de 31 de julio de 2012, por importe de 134.428´28 €, de 31 de julio de 2013, por importe de 179.041´90 €, y de 31 de julio de 2014, por importe de 185.134´02 €, en aplicación estricta del contenido de la misma operación a la que manifestaba haber renunciado, pretendiendo la interpretación de la renuncia en el sentido de vincular únicamente a la parte demandante.

En este sentido, según la norma general del artículo 1258 del Código Civil, los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso, y a la ley, siendo así que la doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 1258 del Código Civil se concreta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 (RJ 2002, 6047) según la cual «la buena fe a que se refiere el art. 1258 es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal (Sentencias de 26 de octubre de 1995 [RJ 1995, 8349] , 6 de marzo de 1999 [RJ 1999, 1854] , 30 de junio [RJ 2000, 6747] y 25 de julio de 2000 [RJ 2000, 6196]) que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (Sentencia de 22 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6858]). Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (Sentencias de 16 de noviembre de 1979 [RJ 1979, 3850] , 29 de febrero [RJ 2000, 812] y 2 de octubre de 2000 [RJ 2000, 8131]); de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (Sentencias de 26 de enero de 1980 [RJ 1980, 167] , 21 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6186] y 20 de febrero de 2000. Aplicando en concreto el instituto al campo contractual, integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no sólo a lo que expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (Sentencia de 26 de octubre de 1995 [RJ 1995, 8349]). La Sentencia de 16 de noviembre de 1979 [RJ 1979, 3850] señala que «en toda relación jurídica, en su revelación objetiva que es la esencia indagadora de la voluntad reflejada en el consentimiento, lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 29/12/2017 11:48
Codi Segur de Verificació: 9CO8F5TWC83IR3TO5F5JYMB23DYWQ1Q
Signat per Utrillas Carbonell, Fernando; Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar;

negociales, toda vez que cuando más determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta, no deben defraudar esa confianza suscitada y es inadmisible toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza» (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003 (RJ 2003, 2024).

En consecuencia, procede la confirmación del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, procediendo, en definitiva, la desestimación del motivo, y por consiguiente del recurso de apelación de la parte demandada.

TERCERO.- De acuerdo con el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo la resolución desestimatoria del recurso de apelación, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte apelante.

CUARTO.- De acuerdo con la Disposición Adicional Quince.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción del artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, siendo la resolución desestimatoria del recurso de apelación, procede la pérdida por la parte apelante del depósito para recurrir.

FALLO

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación de la demandada Banco Santander, S.A., se CONFIRMA la Sentencia de 20 de junio de 2016 dictada en los autos nº 311/15 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell, con imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante, y con pérdida del depósito para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, y recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días desde su notificación.

Lo acordamos y firmamos.