



**AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4**

Avda Pedro San Martin S/N

Santander

Teléfono: 942357137

Fax.: 942357143

Modelo: AP004

Procedimiento Ordinario 0001647/2010 - 00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 de Santander

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000595/2011**

NIG: 3907542120100004550

Resolución: Sentencia 000476/2012

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO SA	[REDACTED]
Apelado	[REDACTED]	[REDACTED]

**SENTENCIA nº 000476/2012**

Ilma. Sra. Presidente  
D<sup>a</sup>. Maria José Arroyo García  
Ilmos. Sres. Magistrados  
D.. Marcial Helguera Martínez  
D. Joaquín Tafur López de Lemus

En Santander, a 25 de octubre de 2012.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Procedimiento Ordinario, 1647/10, Nulidad Contractual Rollo de Sala nº 0000595/2011, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 de Santander.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO SA, representado por el Procurador Sr. RAÚL VESGA ARRIETA, y defendido por el Letrado Sr. GILSANZ USUNAGA; y parte apelada [REDACTED] SA, representada por el Procurador Sra. ANA BOLADO GÓMEZ, y asistida del Letrado Sr. RICARD TASIES BELETA.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Tafur López de Lemus.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 28 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimando totalmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Bolado en representación de la mercantil Suministros Bin S.A. contra la entidad Banco Santander Central Hispano, declaro:

- A) Se declara nulo y sin valor ni efecto alguno el contrato de operaciones financieras suscrito el 14 de Noviembre de 2007 y su confirmación fechada el 8 de noviembre de 2007 entre suministros Bin S.A. y el Banco de Santander Central Hispano S.A., por haber existido un vicio invalidante en la prestación del



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

consentimiento por parte de la actora, consistente en error excusable.

- B) Se declaren igualmente nulos los gastos y abonos producidos en la cuenta corriente asociada al contrato y que han quedado acreditados por la prueba practicada, debiéndose proceder a la devolución de las mutuas contraprestaciones, conforme al fundamento quinto de esta resolución.

Se imponen las costas de esta instancia a la parte demandada.”

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Il.ª Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La mercantil demandada, Banco Santander, se alza contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santander en petición de otra que, revocando la anterior, desestime íntegramente la demanda presentada de contrario, absuelva a la demandada de las pretensiones que contra ella dedujo la mercantil actora e imponga a ésta las costas de la primera instancia. Para bien resolver el presente recurso de apelación, y antes de conocer de los diferentes motivos de recurso, este Tribunal, primero, va a declarar probados determinados hechos, y luego realizará algunas consideraciones que ayudarán a la resolución de aquéllos. Los hechos se declaran probados - sobre todo- con base en la declaración prestada por el testigo don ██████████ ██████████, que era el director de la sucursal del Banco Santander que realizó la operación de autos. En lo que a este pleito concierne, de dicha declaración se sigue: (1) que dicho señor trabajaba para Banco Santander como director de oficina; (2) que el contrato fue propuesto por el banco; (3) que la finalidad era una cobertura de tipos de interés; (4) que tramitó la operación como comercial de la entidad bancaria, pero que no es técnico en la materia; (5) que no conoce en profundidad del contrato; (6) que fue otra empleada del banco, doña ██████████ (que no ha sido propuesta como testigo), quien ofreció las explicaciones al cliente, de manera que primero se explicó el producto y días después se firmó; (7) que todas las explicaciones las ofreció ██████████, (8) que lleva cinco años tramitando permutas financieras, y que en dicho tiempo ha podido vender unos 40 productos de esa clase; (9) que antes de la venta de este producto, el Banco Santander llevaba trabajando con el demandante unos cinco años; (10) que antes de formalizar cualquier contrato o renovar

condiciones con el demandante, éste contrastaba con productos de la competencia; (11) que no se avisó de que el contrato podía tener un riesgo; (12), que no recuerda que se hicieran simulaciones ante el director financiero de la demandante; (13) que para obtener la aprobación de un swap, se necesita que tenga una función de cobertura, y que esto se comprueba en función riesgos que publica el FIRBE (Banco de España); (14) que la finalidad del contrato era proteger frente a subidas de tipos de interés, aunque no en relación con un contrato de préstamo, sino con líneas de financiación o descuento a fin de de que el cliente pudiera obtener circulante.

**SEGUNDO.-** Son, pues, hechos probados los siguientes. (1) Que la actora es una mediana empresa de Barcelona, no financiera, sino industrial, que operaba bancariamente, entre otras, con una sucursal del Banco Santander en San Feliu de Llobregat. (2) Que coincidiendo con la contratación o renegociación de una línea de descuento (en cualquier caso, de concesión de crédito a la demandante), los empleados de la sucursal obtuvieron de la demandante, el 14 noviembre 2007, un contrato de swap, que sin embargo presentaron como un contrato tendente a cubrir al cliente frente a la subida de los tipos de interés. (3) Que se trata del "contrato marco de operaciones financieras" obrante a los folios 35 y siguientes, y la "confirmación de permuta financiera de tipos de interés" obrante a los folios 45 siguientes, que no es -obviamente- un contrato dirigido a cubrir a la demandante frente a la subida de tipos de interés, sino de permuta de liquidaciones trimestrales de tipos de interés, sobre un capital nominal de 1.000.000 de euros (que se corresponde aproximadamente con el riesgo que la demandante tenía contraído con el banco), por virtud del cual el banco pagaría al cliente, en liquidación trimestral, el tipo de interés variable EURIBOR3M fijado al inicio de cada período trimestral, y el cliente pagaría al banco, en liquidación trimestral, un interés fijo del 4,5%, salvo que el EURIBOR3M superara el 5%, en cuyo caso el cliente pagaría al banco lo mismo que el banco tendría que pagar al cliente, esto es, el EURIBOR3M. (4) De dicho contrato resulta que si el EURIBOR3M se situaba entre el 4,501% y el 5%, el cliente ganaba hasta ese medio punto de interés; que si el EURIBOR3M superaba el 5%, nadie ganaba, ni el cliente ni el banco; y que si el EURIBOR3M bajaba del 4,5%, el banco ganaba toda la diferencia entre ese tipo fijo de interés y el EURIBOR3M, sin suelo, con lo que teóricamente podría llegar a pagar hasta un 4,5% de interés al banco. Por consiguiente, si el EURIBOR3M superaba el 4,5%, el cliente sólo podía ganar medio punto, y exclusivamente en el caso de que el EURIBOR3M no superara el 5%, puesto que si lo hacía, el cliente nada ganaría. (4) Que el administrador de la demandante, en el marco de la relación de confianza que mantenía con los directivos de la sucursal, creyó lo que el director le dijo: esto es, que firmaba un contrato cuyo objeto era cubrir el riesgo de subida de intereses respecto de las cantidades que la demandante debiera a la demandada, generadas en el desenvolvimiento del contrato de línea de crédito o descuento que las partes tenían suscrito. (5) Que las primeras liquidaciones trimestrales fueron favorables para la demandante, aunque en cantidades no excesivas (201,89 euros el 12 febrero 2008; 422,50 euros el 12 mayo 2008; 907,22 euros el 12 agosto 2008; y 1.190,89 euros el 12 noviembre 2008), tendencia que se invirtió a partir de febrero de 2009, en que el saldo pasó a ser favorable al banco, y por cantidades muy



superiores (el 12 febrero 2009 fue de 240,22 euros; el 12 mayo 2009 fue de 6.207,75 euros; el 12 agosto 2009, fue de 8.144,56 euros; el 12 noviembre 2009, fue de 9.240,89 euros). (6) Que no consta probado que algún empleado especialmente cualificado del Banco Santander informara con detalle al administrador de la demandante, de la naturaleza y riesgos de la operación contratada.

**TERCERO.-** Mediante la demanda iniciadora de este procedimiento, la demandante instó la nulidad del contrato por haber existido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, consistente en error excusable. La sentencia de primera instancia ha estimado la demanda sobre la base de las siguientes consideraciones. (1) Que estamos ante un contrato regido por la legislación bancaria de protección a los clientes de dichas entidades, que exige una mayor protección por ser considerados como demás difícil comprensión. (2) Que el banco debe actuar con diligencia y transparencia en defensa de sus clientes, cuidando de sus intereses como si fueran propios, y asegurándose de que disponen de toda la información necesaria sobre dichos contratos. (3) Que el Real Decreto 629/93 establece como código de buena conducta bancaria la obligación de suministrar los 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, y que dicha información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación. (4) Que el contrato de autos es extremadamente difícil de entender. (5) Que no contiene explicación de la operación que se hace, ni de los efectos que ésta puede tener en el patrimonio del cliente. (6) Que no se le facilitó a la demandante información adecuada, y ello supuso que su conocimiento en el momento de la firma del contrato fuera escaso y erróneo, pues se le ofreció como una forma de evitar las consecuencias de las subidas de interés de los créditos que tenía concertados con el banco, y no como un contrato aleatorio sobre la subida bajada de los tipos de interés. (7) Que no se ofreció al cliente una información completa y adecuada de los riesgos del producto. (8) Que a pesar de que la pericial de la parte demandada parece mantener que resultaba muy sencilla la valoración del swap a fecha 25 marzo 2010 (cancelación anticipada), lo cierto es que, por las operaciones que realiza y por los parámetros que emplea, se llega a la conclusión de que es más cierta la aseveración del perito de la actora, en el sentido de que ni la demandante ni sus asesores tenían posibilidad de evaluar, ni siquiera de forma aproximada, el coste de la cancelación anticipada.

**CUARTO.-** Las consideraciones a que aludíamos en el fundamento de derecho primero son cinco. La primera permite afirmar que estamos, incuestionablemente, ante un contrato aleatorio (el alea viene determinado por la contingente evolución que experimentara el EURIBOR3M); desigual para las partes, con prestaciones muy desequilibradas y en conjunto muy favorables para la demandada, hasta el punto de resultar leonino para la actora; íntegramente predispuesto por la demandada, de adhesión, que atribuía al banco grandes posibilidades de ganancia, y muy escasas a la demandante, y sólo en un estrecho escenario (que el EURIBOR3M se situara entre el 4,5% y el 5%). La segunda consideración parte del principio de protección de la confianza, que proscribía que el contratante que



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

mediante actos o sugerencias despierta en otro la idea de que suscribe un contrato de naturaleza distinta de la real, pueda beneficiarse del posible error, al que el primero no fue ajeno. La tercera consideración encuentra su fundamento en el artículo 7 CC, que en el ámbito la contratación impone a los contratantes la obligación legal de conducirse conforme a las exigencias de la buena fe, lo que se traduce en el deber de lealtad en los tratos preliminares y en la fase de formación del contrato, no entendido ciertamente como búsqueda del interés ajeno, pero sí como prevención del indebido perjuicio que pueda sufrir el otro contratante como consecuencia de la falta de información. Cuando un contrato es complejo (y el de autos indudablemente lo es); y presenta importantes riesgos económicos para la otra parte, que se corresponden con importantes posibilidades de ganancia para la que predispone los términos del contrato y lo ofrece, la medida del deber de buena fe se acrecienta, hasta imponer al predisponente una cumplida, detallada y completa información acerca de las características del contrato y de los especiales riesgos que para el cliente comporta. Y esto, no simplemente por consecuencia de lo dispuesto en tal o cual decreto o directiva, sino -repetimos- por exigencia misma del deber de ser leal con la otra parte contratante. Remedando en esto a un destacado autor, puede decirse que la deslealtad de una parte es independiente de la actitud de la parte afectada (de su ingenuidad, candidez y actitud confiada), ya que no se puede premiar aquélla con pretexto de la confianza ajena, como si el Derecho debiera ser más protector de los astutos que defensor de los confiados. Como cuarta consideración, diremos que el examen de los requisitos necesarios para que el error de una parte invalide el contrato no puede hacerse en abstracto, como si estuviéramos en un laboratorio, sino ponderando muy en primer lugar la disposición con que se condujeron las partes en la celebración del contrato, especialmente desde la perspectiva de la buena fe (esto es, interpretando los deberes de una y otra parte desde ese punto de vista, y examinando los requisitos del error y de la confirmación también desde esa perspectiva). La quinta consideración, también inspirada en aquel autor, lleva a concluir que más que una monolítica categoría dogmática de vicios del consentimiento, que tenga que ser entendida desde un punto de vista lógico, existe lo que puede llamarse un casuismo dogmatizado o, si se prefiere, una tipificación legal de casos de justicia o injusticia de la vinculación contractual, atendiendo a los hechos ocurridos en el momento de su constitución, de manera que en algunos casos se permite que quien quedó injustamente vinculado por un contrato pueda desligarse de él y obtener una decisión judicial en virtud de la cual las cosas se restituyan o devuelvan al estado que tenían cuando el contrato se celebró.

**QUINTO.-** Pues bien, relacionando los hechos probados con las consideraciones que acabamos de realizar, este Tribunal no puede sino concluir que, aunque es cierto que una lectura detallada del contrato permitía conocer la naturaleza del contrato y los riesgos a él inherentes, por lo que en principio el posible error del cliente podría resultar no excusable, confluyen dos relevantes circunstancias que convierten en excusable el error padecido por la demandante: la primera, haber actuado en la confianza, suscitada por la demandada, de que firmaba un simple contrato de cobertura frente a subidas de tipo de interés; y la segunda, la ausencia de buena fe por parte de la demandada en la fase de formación del contrato, deslealtad derivada de la falta de explicación de la naturaleza



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

y riesgos del contrato, y de haber ofertado verbalmente a la demandante un pacto que no se correspondía con los términos del contrato escrito. Y cuando no existe buena fe, ninguna ventaja puede obtener el que se conduce así (artículo 7 CC), lo que, en el ámbito de los requisitos que debe reunir el error para ser invalidante de un contrato, se traduce en tener por excusable un error que en principio pudiera no serlo.

**SEXTO.-** Examinado el escrito de recurso, este Tribunal advierte la presencia de seis motivos de apelación. El primero, que denuncia que no concurre el elemento de la esencialidad del error, debe decaer, porque el error de la demandante versó nada menos que sobre la naturaleza del contrato y las prestaciones que ella asumía. El segundo motivo de recurso, que sostiene que no concurre el requisito de la excusabilidad del error, debe entenderse ya contestado. Mediante el tercer motivo de recurso, la demandada sostiene que hubo confirmación tácita del pretendido error, al haber consentido la demandante que el contrato litigioso se ejecutara durante más de dos años, haber suscrito otros dos contratos de permuta financiera con la demandada, y no haberse alegado hasta la demanda el supuesto error. El motivo debe decaer por tres razones. La primera, porque si la confirmación exige la plena conciencia del error sufrido, en el caso de autos ésta sólo se produjo a partir del momento en que el contrato empezó a ser perjudicial para la demandante, que es cuando tomó conciencia de la verdadera naturaleza que tenía el contrato formalmente suscrito, sin que, por lo demás, la falta de una reacción inmediata constituya un acto convalidante, pues es razonable que transcurra un tiempo entre la toma de conciencia del error y el ejercicio de la acción de anulación. La segunda razón estriba en que si -como sucede en autos, el contrato no ha sido enteramente cumplido, la pura omisión del ejercicio de la acción de anulación, unida al paso del tiempo, no produce ningún comportamiento concluyente que sea incompatible con el ejercicio de dicha acción, de manera que la pasividad no puede ser tenida como confirmación tácita. Como tercera razón diremos que el hecho de que la actora haya suscrito otros contratos de swap con la apelante o con otras entidades bancarias no necesariamente evidencia que conociera la verdadera naturaleza y riesgos del que ahora nos ocupa, porque desconocemos en qué condiciones se celebraron esos otros contratos, que bien pudieron ser idénticas a las del presente.

**SÉPTIMO.-** El cuarto motivo de recurso denuncia error en la valoración de la documental aportada y tergiversación de la prueba testifical practicada, y debe seguir la misma suerte que los anteriores, porque de la declaración del testigo señor ██████████ es razonable tomar especialmente en consideración aquello que perjudica a la demandada, y porque la prueba de la posible intervención de doña ██████████ en esta operación debió consistir en llamar a declarar a dicha señora, y no en el testimonio de referencia que acerca de dicha intervención pudiera prestar el señor ██████████. Y en cuanto a la prueba documental, también es razonable tener por probados sólo aquellos extremos que aparecen explícitamente firmados por la demandante. El quinto motivo de recurso denuncia infracción del artículo 217 LEC, sobre carga de la prueba, que no se advierte, porque la demandante ha probado los extremos que tenía que acreditar: esto es, que suscribió el swap en la creencia de que firmaba otra clase de contrato; que lo hizo inducido por la demandada, que fue quien en todo momento tomó la iniciativa; y que no fue informada con detalle acerca



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

de la verdadera naturaleza del contrato y de sus riesgos. El sexto y último motivo de recurso impugna la imposición de las costas, por ser dudoso el caso de autos, duda que sin embargo no es seria (artículo 394 LEC), y que en cualquier caso vendría motivada por la falta de buena fe con que se condujo la demandada al negociar con la demandante.

**OCTAVO.-** Por cuanto antecede, es visto que el recurso de apelación debe ser íntegramente desestimado, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, al rechazarse todos los motivos de recurso y no presentar la resolución de éstos serias dudas de hecho o de derecho (arts. 398 y 394 LEC).

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

### **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO SANTANDER, S.A., contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Santander, la que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

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

INURSED / CASTILLA CENTRO COMERCIAL

41860

