

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933893,3828

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0007137

Recurso de Apelación



(01) 30131084987

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario

APELANTE: BANCO SANTANDER SA
PROCURADOR D./Dña. INMACULADA IBAÑEZ DE LA CADINIÈRE FDEZ

APELADO:
PROCURADOR D./Dña

SENTENCIA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. PABLO QUECEDO ARACIL

D. JUAN UCEDA OJEDA

Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

En Madrid, a trece de febrero de dos mil catorce.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente DON JUAN UCEDA OJEDA

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº de Madrid, en los que aparece como parte apelante BANCO SANTANDER SA representado por el/la Procurador Dña. INMACULADA IBAÑEZ DE LA CADINIÈRE FDEZ y defendido por el/la Letrado D. FELIX PASTOR ALFONSO, y como parte apelada representado por el/la Procurador y defendido por el/la Letrado D. ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 07/03/2013.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº de Madrid se dictó Sentencia de fecha 07/03/2013, cuyo fallo es del tenor siguiente: "SE ESTIMA la demanda formulada por contra BANCO ESPAÑOL DE CREDITO declarando la nulidad del contrato suscrito por las partes el día 6 de Marzo de 2007 denominado "CONTRATO SOBRE OPERACIONES FINANCIERAS SWAP" condenando a la entidad demandada a abonar la cantidad de más los intereses legales y las costas del

procedimiento.”.

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada al que se opuso la parte apelada y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 08 de Enero de 2014.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, excepto en el plazo para dictar sentencia, debido el cúmulo de asuntos pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan y reproducen los razonamientos jurídicos de la resolución que ha sido apelada.

PRIMERO.- La sociedad limitada presentó demanda contra Banco Español de Crédito solicitando que se declarase la nulidad del contrato sobre operaciones financieras (Swap) suscrito entre las partes el 6 de marzo de 2007 por error en el consentimiento y que se condenara a BANESTO a la devolución de la suma de euros abonadas desde la contratación del producto por las liquidaciones semestrales que transcurren desde 30 de marzo a 30 de septiembre de 2009 y desde 30 de septiembre de 2009 a 30 de marzo de 2010, más los intereses y costas.

El contrato, que contiene un producto financiero absolutamente desconocido para la entidad demandante y cuya complejidad hace que sea difícilmente entendible para alguien que no esté versado en operaciones financieras, le fue ofrecido cuando fue a solicitar un préstamo hipotecario con el que financiar la construcción de unas viviendas como un instrumento que le cubriría de las subidas de los tipos de interés y haría más fácil la obtención del crédito, procediendo a su firma en tal confianza desconociendo las consecuencias y avatares tan negativos que le iba a causar la firma del SWAP y que maliciosamente le ocultó la entidad demandada.

Además del evidente vicio del consentimiento que ha padecido la demandante, en la contratación se ha infringido la normativa contenida en la Orden de 25 de octubre de 1995 de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo que regula las obligaciones que deben asumir y la información que deben prestar las entidades bancarias y sociedades de inversión al contratar estos productos, y la Directiva Europea 2004/93/CE relativa a los instrumentos financieros(MIFID) que, previamente a la contratación de estos productos, obliga a clasificar a los clientes y a realizarles los correspondientes test de idoneidad o conveniencia para comprobar el grado de conocimiento que tuviera sobre estos productos financieros y los riesgos que el mismo conllevaba. No se les ofrecieron las explicaciones que exige un producto complejo como en el que nos ocupa ni se le advirtió debidamente que podría perder cantidades importantes o desproporcionadas en función de las oscilaciones de los tipos de interés.

SEGUNDO.- La entidad de crédito demandada, tras oponer la excepción de caducidad o en su defecto prescripción de la acción de anulabilidad ya que los efectos del contrato se iniciaron en el mes de marzo de 2007 mientras que la demanda se interpuso el día de 8 de junio de 2011, se opuso a la demanda indicando que el cliente, que llevaba operando en el mercado inmobiliario durante 11 años a través de su representante doña

que es una experta empresaria habituada a contratar infinidad de contratos bancarios, fue debidamente informada del motivo y condiciones del contrato. En marzo de 2007 la actora ostentaba un endeudamiento a largo plazo con diferentes entidades financieras, entre ellas BANESTO, en operaciones a tipo variable cuyo importe ascendía a más de 3.000.000 de euros; teniendo en cuenta la importancia de dicho riesgo y a fin de obtener una cierta estabilidad ante posibles fluctuaciones de los tipos de interés se informó a la demandante sobre la posible contratación de productos que ofrecieran protección ante tal contingencia. Así cuando se suscribió el crédito hipotecario y en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre que impone la obligación a las entidades de crédito de ofrecer instrumentos de cobertura del riesgo de la subida de tipos de interés, se ofertó a la sociedad actora este contrato que en una parte de la deuda, 700.000 euros, ha conseguido transformar una deuda de tipos variables a una deuda de tipo fijo creciente hasta determinados topes.

Sin perjuicio que la sociedad demandante recibió toda la información necesaria como si fuera un producto de inversión, cabe señalar que a fin de que la actora tuviera perfecto conocimiento sobre el producto contratado, los responsables de BANESTO entregaron toda la documentación explicativa correspondiente y entre ella una copia del contrato en el que de un modo especial y resaltado en recuadros se recogen los riesgos de la operación por lo que cualquier persona con unos conocimientos financieros básicos podría entender el peligro del producto.

La situación actual se ha producido por unos hechos imprevisibles que han causado una bajada de los tipos de interés que no era imaginable en el momento en que se suscribió el contrato, ya que en tal momento todos los analistas financieros apuntaban a una subida de los tipos.

TERCERO.- La sentencia de instancia, tras desestimar la excepción de prescripción o caducidad opuesta ya que la consumación del contrato, que es el plazo de inicio del cómputo del plazo a tenor de lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil, no se produce hasta que se han cumplido las prestaciones de ambas partes. No obstante aunque mantuviésemos una tesis distinta es evidente que no debía comenzar al menos desde que se produjo la primera liquidación negativa que es cuando la parte demandante pudo comprender el funcionamiento del contrato.

Al entrar a analizar el objeto de la pretensión estimó en su integridad la demanda decretando la nulidad del contrato por vicio del consentimiento y condenando al Banco Popular Español a la devolución a la actora de la suma reclamada, al entender que por la entidad bancaria no se le ofreció a la demandante la información que era necesaria y exigible en función de la legislación aplicable para comprender este producto financiero complejo y los riesgos que se derivaban del mismo por lo que prestó el consentimiento sin conocer con exactitud sus características esenciales y los perjuicios que podrían derivarse del mismo.

CUARTO.- Contra la referida sentencia se interpuso por BANESTO el recurso de

apelación que nos corresponde analizar en este momento en el que, como motivos para solicitar su revocación, denunció:

A- Infracción del artículo 1301 del CC al no haberse declarado prescrita o caducada la acción. No podemos aceptar que para el inicio del cómputo en los contratos de tracto sucesivo sea necesario esperar al total cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por las partes sino que debe fijarse su inicio cuando el contrato empieza a desplegar sus efectos y no debemos olvidar que ello ocurrió en marzo de 2007.

B- Infracción subsidiaria del artículo 1.266 del CC al entender aplicable la Ley del Mercado de Valores y considerar, por tanto, que se trata de un producto de Inversión cuando en realidad nos encontramos con un producto bancario

C- La infracción del artículo 1266 del Código Civil al identificar y equiparar directamente la cuestión del deber de facilitar información contractual con el supuesto de hecho del error-vicio del consentimiento, vulnerando con ello la doctrina del T.S. que en la sentencia de 21 de enero de 2012 indica que “aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos”.

Además la comprensión de los elementos esenciales de un contrato de permuta financiera y, en particular, su dependencia de la fluctuación de la variable determinada en el contrato, no ofrece ninguna dificultad. No puede existir error cuando el objeto del contrato se deduce de la mera lectura de la documentación firmada.

D- Infracción del artículo 394.1, primer párrafo in fine, de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al pronunciamiento por el que se condena a esta parte al pago de las costas procesales de la primera instancia al existir serias dudas de hecho y de derecho sobre el objeto litigioso.

QUINTO.- No podemos admitir que la acción este prescrita o caducada ya que cuando el artículo 1.301 del Código Civil indica que el cómputo de la acción se iniciará cuando la misma este consumada es evidente que se pretende que el contrato haya desplegado sus efectos que es lo que permitirá a las partes comprobar el alcance y significado del contrato.

Por tanto, aunque no esperemos al cumplimiento total de las prestaciones del contrato para el inicio del cómputo es evidente que habrá que esperar a la primera liquidación semestral que es cuando el contrato comienza a desplegar sus efectos, liquidación que tuvo lugar en septiembre de 2007 por lo que nunca podría aceptarse la excepción opuesta por la sociedad demandada.

SEXTO.- Antes de seguir adelante con el recurso de apelación haremos una pequeña explicación sobre el producto contratado, denominado permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable que entra dentro de la categoría de los swaps. El swap se trata de un producto financiero que puede tener distintos objetivos, intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable (swap de tipos de interés), o una divisa por otra (swap de divisas) o para intercambiar pagos de intereses calculados a tipo fijo en una divisa por pagos de intereses

calculados a tipo variable en otra divisa (swap mixto). Estos contratos se integran en la categoría de los denominados “instrumentos financieros derivados”, productos financieros cuyo valor se basa en el precio de otro activo subyacente (activos que pueden ser muy diferentes, como acciones, índices bursátiles, valores de renta fija, tipos de interés o también materias primas).

En el caso en que aquí nos ocupa, el swap es de permuta financiera de tipo de interés, conocido también bajo su acrónimo en inglés IRS (Interest Rate Swap) que se define como un contrato mediante el cual el Banco y el cliente acuerdan intercambiar entre sí durante un periodo de tiempo determinado el pago de cantidades resultantes de aplicar un cierto tipo fijo y un tipo variable de interés sobre un importe nominal. En concreto en este supuesto, que se contrató por un periodo de tres años sobre un importe nominal de 700.000 euros (denominado nocional), el Banco Español de Crédito se comprometió a pagar semestralmente el euribor a seis meses (tipo variable) por el número de días efectivamente transcurrido y el cliente a pagar el mismo euribor cuando supere las barreras fijadas en el contrato, es decir el 4,10 por el primer semestre, el 4,35 para el segundo trimestre, el 4,50 para los semestres tercero y cuarto y el 4,75 para los dos últimos; si el euribor fuese igual o inferior a las referidas barreras, el cliente pagaría los siguientes tipos fijos, el 3,95% para el primer semestre, el 4,15% para el segundo, el 4,35% para el tercer y cuarto semestre y el 4,45% para los dos últimos.

Dicho así, el producto parece un mero producto especulativo o de inversión, pues las partes condicionan sus expectativas de ganancia a algo tan imponderable como es la subida o la bajada de una determinada variable, en el presente caso, la variación del tipo del euribor a seis meses. No obstante lo anterior, el swap de intereses puede servir para otra finalidad cuando se vincula a operaciones de endeudamiento entre las mismas partes o con terceros, en este caso parece querer vincularse con el crédito hipotecario que se concedió el mismo día por un importe de 1.200.000 euros. En estos casos la firma del swap quizás pudiera conseguir proteger al cliente, que tiene una deuda con el banco referenciada a un tipo variable, de las variaciones al alza que experimente el tipo de interés ya que los aumentos en el pago del crédito hipotecario a consecuencia del alza de los tipos de interés se vería compensado con los pagos que haría el banco por ese mismo motivo en función del producto derivado y, por otro lado, los abonos que tendría que realizar el cliente en caso de bajada del tipo de interés se compensaría con la correlativa disminución de la cuota de amortización de los créditos. Obviamente para ello se exige una íntima correlación entre condiciones estipuladas en uno y otro contrato.

En este caso es difícil desligar la operación de un producto especulativo o de inversión pues no existe conexión entre el nocional fijado en el swap(en este caso 700.000 euros) y el crédito hipotecario ni con el riesgo financiero que soportaba el cliente sin que coincidiese el periodo de amortización del préstamo con el del producto derivado. Además debemos tener presente que en subidas de interés por encima de las barreras fijadas en el contrato no surtía efecto alguno ya que los pagos que debía hacer el banco se equilibraban con los que debía realizar el cliente.

La única situación favorable para el cliente se encuentra cuando el euribor oscilase entre la barrera y el tipo fijo pero en tales casos solo se iba a beneficiar de una parte muy pequeña, un 0,15 % durante el primer, tercer y cuarto semestre, un 0,20 % durante el segundo semestre y un 0,30 por ciento durante los dos últimos semestres; en cambio si el

euribor bajase por debajo de los tipos fijos aplicables, que oscilan entre el 3,95% hasta el 4,45%, no existía límite alguno a la cuantía a la que deba hacer frente el cliente, es decir a la pérdida económica.

Existen otros productos que exigen el pago de una prima, que si logran una perfecta cobertura del riesgo de la subida de los tipos de interés pero el que nos ocupa no podemos aceptar que sirva para el fin al que se refiere el artículo 19 de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre que indica “las entidades de crédito informarán a sus clientes con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles” ya que conlleva riesgos evidentes y muy costosos para el cliente por lo que debe calificarse como un producto esencialmente especulativo y preferentemente de inversión por lo que no parece posible que este producto quede liberado de la normativa contenida en la Ley de Mercado de Valores que en su artículo segundo viene a considerar incluidos en su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

SEPTIMO.- Podríamos cuestionarnos si sería aplicable a este supuesto el artículo 79 quater de la Ley de Mercado de Valores que libera la aplicación de su normativa referida a la información que debe prestarse al cliente cuando se ofrezca el servicio de inversión “como parte de un producto financiero que ya este sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o estándares europeos comunes para las entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes y a los requisitos de información”.

No creemos, por lo anteriormente explicado, que podamos considerar que esta permuta financiera forme parte intrínseca del producto bancario. No obstante, como ha indicado la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013 que se ha ocupado de la materia, tal situación no libera a la entidad de crédito de valorar los riesgos de sus clientes ni de ofrecerles una completa información al respecto, literalmente indica que “para que opere la excepción a la procedencia de los tests de idoneidad y conveniencia del artículo 19, apartado 9, Directiva MIFID, el producto financiero de que es parte el servicio de inversión debe haber estado sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes referidas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información”, por lo que debemos seguir adelante para comprobar si existe un falta de información y ello ha influido en el error en el consentimiento apreciado por la sentencia de instancia.

OCTAVO.- La ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores con anterioridad a la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, tras disponer en su artículo 2 que estas operaciones están incluidos en su ámbito, exige en el artículo 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, la de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios –

ahora ya derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, pero de aplicación al presente contrato al ser de fecha anterior a la publicación del último-, que vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el apartado relativo a la información a los clientes, fija, como reglas de comportamiento a observar teniendo en cuenta las cuestiones suscitadas en el presente caso, que 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 así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación 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, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendido.

NOVENO.- Llegados a este punto, debemos analizar la información que recibió el cliente sobre el producto contratado antes de firmarse el contrato para ver si se respetó la obligación de información y valorar el conocimiento que pudiera tener sobre la materia, pues no debemos olvidar que no se denuncia que BANESTO haya incumplido el contrato al no prestar la información exigida sobre el producto financiero sino que tal incumplimiento ha facilitado el error en que ha incurrido la sociedad demandante al contratar.

La actora afirma que nunca tuvo conocimiento de que estaba contratando este producto, pues pensaba que todo lo que firmaba estaba relacionado con la hipoteca, que no le dieron información alguna sobre el mismo y que solo se enteró del mismo cuando le ponen un cargo en su cuenta de nueve mil euros, mientras que don director de la sucursal del Banco Popular Español que intervino en la operación, nos indicó que se ofreció al cliente el producto porque el Banco supeditaba la concesión del crédito hipotecaria a su firma y que se le indicó que servía para la cobertura de los tipos de interés en supuestos de subida que eran las perspectivas que tenía el banco en ese momento, añadiendo que no se acordaba si le dio copia del contrato antes de la firma ni si se le explicó que ocurriría en supuestos de bajada de los tipos de interés.

Lo primero que debemos indicar que se trata de un producto nuevo, complejo y que no estaba extendido entre los clientes o usuarios de productos bancarios, por lo que con una información incompleta que es la que el director de la sucursal manifestó que se le dio y una simple lectura rápida del mismo, que es lo único que podemos aceptar que ocurrió, no es fácil conocer la esencia y características del producto y aunque es cierto que, resaltado en un recuadro en negro, se informa la posibilidad de que se generen apuntes negativos en contra del cliente en función de las liquidaciones que se hagan de los intereses que deben abonar las partes sobre el notional pactado nos parece una información insuficiente para considerar cumplido el deber que impone la ley pues, al existir distintas barreras, tipos fijos y variables, no era sencillo de comprender el sistema operativo del producto.

La condición de la demandante, que no pueden calificarse como avezada empresaria y concedora de productos derivados como defiende la parte actora, es la propia de un cliente minorista que debería haber recibido una información mucha más amplia que la que se ha demostrado que recibió que es absolutamente insuficiente para llegar a la conclusión que tuviera un conocimiento exacto de la materia que contrataba. Tras el resultado del

interrogatorio de las partes que intervinieron en la firma del contrato, debemos concluir diciendo que solamente le indicaron las ventajas del producto y que a su firma se supeditó la concesión del crédito.

En primer lugar echamos en falta que se le hubiera explicado que su posición ante las fluctuaciones de los tipos de interés era mucho más delicada que la del banco en función de la mecánica del producto, y que si cancelase la operación, elemento que consideramos indispensable a efectos de información y sobre el que nada se indicó cuando se firmó el contrato, el cálculo de la cantidad a pagar en tal caso en función del valor del mercado, lo que es un extremo que debería habersele explicado con el debido detenimiento y precisión con una detallada exposición con ejemplos en función de unas previsiones hipotéticas ya que si el tipo de interés permanecía a la baja durante mucho tiempo las pérdidas que iría acumulando serían muy cuantiosas.

Además, como se alude a que con esta operación se pretendía proteger al cliente de las fluctuaciones de los tipos de interés que apuntaban al alza, asimismo consideramos que debería habersele explicado la relación de este producto, en función de la variación de los tipos de interés, con el crédito hipotecario que tenía contratado con la sociedad demandada; así, si el tipo de interés bajaba, en que se beneficiaría en las operaciones bancarias a tipo variable que tenía pendientes y en que perdería con este contrato y, de producirse una subida en los tipos, cuanto tendría que pagar de más en aquellos y que recibiría por esta operación del banco. Sin esta información, consideramos que la actora no podría haber valorado adecuadamente si este producto le podría interesar o no. Por último, y consideramos que es un elemento fundamental, echamos en falta una información de las previsiones que, en función de la situación del mercado, el Banco tenían sobre las variaciones del euribor.

DECIMO.- En función de lo expuesto debemos compartir la decisión adoptada por la sentencia de instancia al apreciar la existencia de un vicio de consentimiento, ya que consideramos que al contratar este producto la parte demandante, en función de la información que se le prestó y de las condiciones en las que la recibió y contrató el producto, no contaba con el conocimiento necesario para valorar el alcance de los riesgos derivados del mismo. Aunque no admitamos que la actora desconocía que, entre la documentación relacionada con la hipoteca, estaba firmando una permuta de tipos de interés, consideramos que la misma estaba equivocada sobre la esencia del objeto del contrato ya que entendemos que, al no estar familiarizada con estos productos, nunca tuvo presente las consecuencias que se producirían por una bajada tan importante de los tipos de interés como la que se ha producido, mucho menos, el coste que implicaba la cancelación de la operación, materia sobre la que el contrato nada aclara, siendo todos ellos elementos que eran esenciales para llevar adelante la contratación.

Estamos convencidos que de haber sabido completamente los efectos que se derivaban del mismo no lo hubiera contratado, ya que resulta muy difícil comprender que para asegurarse una cobertura entre un 0,15% y un 0,30% en casos de subida de los tipos de interés cuando el mismo oscile entre los tipos fijos designados en el contrato(del 3,95% al 4,45%) y las barreras fijadas, que como dijimos antes no eran muy altas (entre el 4,10 y el 4,75%), se arriesgase a una pérdida económica tan importante como la que se produjo. Volvemos a repetir ante subidas importantes de los tipos de interés es decir sobrepasando las barreras, que es la situación que debía preocupar especialmente al cliente, ningún beneficio le ofrecía el producto, por lo que estamos seguros que de haber tenido conocimiento exacto

de su funcionamiento no se hubiera contratado ya que el producto no resultaba mínimamente aconsejable en función de los riesgos que se asumían y que los beneficios que pudieran obtenerse del mismo eran muy escasos.

Por tanto consideramos aplicable el artículo 1.266 del Código Civil que indica que “para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de las misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”, para cuya aplicación la jurisprudencia, ver sentencia del T. S. 17 de julio de 2006, exige además de que el mismo sea “sustancial o esencial que recaiga sobre las condiciones de las cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato”, lo que se deriva directamente del precepto transcrito, que sea “excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de la diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este 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 esa declaración(sentencia de 18 y 3 de marzo de 1994, 12 de julio de 2002, 12 de noviembre de 2004)”.

La entidad de crédito ha insistido especialmente en el recurso que el error, de haber existido, nunca puede ser excusable ya que la mínima diligencia exigible a toda parte que firma un contrato es la lectura del contrato. El error no debe ser imputable a la parte actora desde el momento en que carecía de la información que le debía haber ofrecido la entidad de crédito demandada con la máxima amplitud tal como indicamos en los fundamentos de derecho anteriores y cuando se firmó junto con la documentación relacionada con el crédito hipotecario lo que permitió entender que las obligaciones esenciales que asumía derivaban del crédito hipotecario y sin haberse demostrado siquiera que recibió una copia del contrato con anterioridad. En definitiva, aunque apreciásemos cierta negligencia de la demandante, consideramos que la misma quedaría absorbida por la conducta de la entidad de crédito que incumplió todas las obligaciones que le imponía la legislación a la hora de contratar este tipo de productos, dio una información parcial y no facilitó al cliente una copia del contrato con la antelación mínima para que pudiera tener conocimiento del mismo, por lo que entendemos que el error debe calificarse como excusable, sobre todo cuando además la concesión del crédito se supeditó a la firma de este producto financiero.

UNDECIMO.- Tras ver el funcionamiento del swap en este supuesto concreto, tema al que nos hemos referido en varias ocasiones a lo largo de esta resolución, no creemos que podamos aceptar que existan justificadas dudas jurídicas que nos permitan abandonar el criterio objetivo del vencimiento en materia de costas procesales.

Las costas procesales de esta segunda instancia deben correr a cargo de la parte apelante al haberse desestimado el recurso de apelación y no apreciar la concurrencia de circunstancias que aconsejen abandonar el criterio objetivo del vencimiento (artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la sociedad anónima Banco de Santander, que viene representada ante esta Audiencia Provincial por la procuradora doña

Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández, contra la sentencia dictada el día 7 de marzo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº de Madrid en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número , debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas devengadas en esta segunda instancia.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en la Oficina num. 1036 de la entidad Banesto S.A., con el número de cuenta 2649-0000-12-0414-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

En Madrid, a 11 de marzo de 2014.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.