

Roj: SAP SE 2691/2013
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Sevilla
Sección: 8
Nº de Recurso: 934/2013
Nº de Resolución: 228/2013
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

Or13-934

AUDIENCIA PROVINCIAL. Sección 8ª SEVILLA

Prado de San Sebastián, s.n.

Proc. Origen: Juicio Ordinario número 100/2011

Juzgado: de Primera Instancia número 1 de Sevilla

Rollo de Apelación: 934/13-B

SENTENCIA Nº

Ilustrísimo Señor Presidente:

D. VICTOR NIETO MATAS

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. JOSÉ MARÍA FRAGOSO BRAVO

D. JOAQUÍN PABLO MAROTO MÁRQUEZ

En SEVILLA, a 16 de mayo de 2013.

La Sección 8ª de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital constituida por los Ilustrísimos Señores que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos de carácter civil tramitados como Juicio Ordinario con el número 100/2011 por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sevilla en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de NCG BANCO, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado referido el 26 de julio de 2012 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sevilla se dictó sentencia de fecha 26 de julio de 2012 , que contiene el siguiente FALLO: "Que ESTIMANDO EN PARTE LA DEMANDA presentada por la Procuradora Sra. Gutiérrez de Rueda y García, en nombre y representación de D. Edemiro , D. Eulogio , DÑA Luisa , D. Fidel , en nombre y representación de MASTER PROPIEDAD S.L., D. Guillermo , D. Ildefonso , DÑA Olga , D. Julián , D. Lucas , D. Maximiliano , D. Olegario , D. Raúl , DÑA Serafina Y DÑA Violeta contra CAJA DE AHORROS DE GALICIA debo declarar y declaro nulos y sin efecto los "Contratos de Acuerdos Básicos: términos y condiciones generales aplicables a la prestación por Caixa Galicia de servicios sobre productos de inversión" y los "Contratos de cobertura sobre

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

hipoteca" suscritos por las partes, por vicio en el consentimiento, debiendo las partes restituirse las prestaciones recíprocamente recibidas, más los intereses legales devengados desde las liquidaciones, sin hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, el cual se preparó e interpuso por escrito en tiempo y forma ante el Juzgado "a quo", dándose traslado del mismo a la otra parte que presentó escrito de oposición, ordenándose la remisión a este Tribunal de los autos, que una vez recibidos se registraron y designó ponente, señalándose deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

CUARTO.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don VICTOR NIETO MATAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada estima la pretensión de los actores dirigida a obtener la declaración de nulidad de los contratos de **permuta** financiera de tipos de interés por vicio de consentimiento invalidante viciado porque no tuvieron la necesaria y exigible información de la entidad demandada teniendo en cuenta la categoría de clientes minoristas de los demandantes, la operación que realizaban, la finalidad de la misma y las características ofertadas del producto.

SEGUNDO.- Recurre en apelación la demandada que no acierta a refutar los sólidos argumentos que se dan en la resolución judicial impugnada, que declara la nulidad de los contratos suscritos entre los litigantes y la restitución de las prestaciones, con intereses conforme a lo explicado en el inciso último del Fundamento de Derecho Quinto. Se trata, dice la resolución apelada, de un contrato de operación de **permuta** financiera de tipos de interés ("swap") ineficaz por concurrencia de vicio de consentimiento ya que no hay información correcta de la operación.

En el escrito de interposición del recurso el banco demandado expone cuáles son las razones de discrepar de la sentencia que le condena. Dice que a pesar de la bondad de la resolución judicial, esta ha errado en la valoración probatoria. Se trata de la credibilidad de los empleados de la recurrente. Probada, manifiesta la recurrente, la petición, tramitación y concesión de los préstamos hipotecarios solicitados por los actores, queda demostrado que hubo, completa información, no es creíble que estas operaciones fueran ideadas con mala fe y para perjudicar a los clientes de las empresas bancarias y no cabe sostener que el importante préstamo hipotecario estuviera supeditado a la firma del "swap".

TERCERO.- Como ya dijéramos en reciente sentencia de 7 de febrero de 2013 que a su vez se remite a otra de esta Sala de 1 de diciembre de 2011: "el contrato de **permuta** financiera de tipos de interés ("swaps") es un contrato aleatorio e imprevisible por el cual respecto de una cantidad nominal previamente pactada se cargaran o adeudaran al contratante por la entidad bancaria determinadas cantidades atendiendo a la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés." Teóricamente así definido ese contrato puede ser suscrito por el interés de la entidad bancaria de garantizar sus propias operaciones crediticias concedidas a interés variable, en segundo lugar por el propio interés del prestatario de garantizar que los intereses variables que ha de abonar por préstamos que ya le han sido concedidos no le perjudiquen en sus oscilaciones al alza, por último también puede ser convenido ese contrato exclusivamente como contrato aleatorio basado en una cuestión futura no previsible de forma certera". En los hechos ahora enjuiciados se contrató para cubrir los riesgos

originados por la concesión de un crédito hipotecario de interés variable y en virtud de la obligación de la entidad financiera de ofrecer una cobertura para ese riesgo.

CUARTO.- El Tribunal Supremo en la reciente sentencia de fecha 21 de Noviembre de 2012 , que también fue referida en esa nuestra anterior resolución, decía que "hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea".

Y continúa la sentencia señalando que como es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado, ya que el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " *lex privata* " (ley privada) cuyo contenido determinan, concluye que la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios que, siguiendo a su sentencia de 15 de febrero de 1977 - califica como razonablemente rigurosos.

Estos criterios son enumerados de la siguiente forma. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

En segundo lugar, a tenor de lo que dispone el artículo 1266 del Código Civil , que para que el consentimiento pueda invalidar, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. En tercer lugar, se señala que siendo cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado, sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. En cuarto lugar, se exige que las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración en el momento de la perfección o génesis de los contratos ya que lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual, y si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. Se exige además, en quinto lugar, que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitir el error vicio cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Por último, en sexto lugar, exige el Tribunal Supremo que el error, además de relevante, ha de ser excusable, ya que aun cuando tal cualidad no se menciona en el artículo 1266 del Código Civil la jurisprudencia al valorar la conducta del ignorante o equivocado, niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

QUINTO.- Tenemos que tener en consideración que el contrato de **permuta** financiera es un contrato de difícil comprensión para aquellas personas sin un conocimiento financiero muy desarrollado e incluso para juristas con experiencia, si no se estudia de forma detenida. Así pues, los actores, sobre la base del principio de confianza y de buena fe que debe presidir las relaciones entre cliente-banco, confiaron plenamente en el banco para resolver el problema de la financiación para la adquisición de su vivienda, teniendo para conseguir su fin que confiar plenamente en quien le ofrecía un contrato dirigido a garantizar la invariabilidad de las cuotas del préstamo.

Por consecuencia, podemos llegar a la conclusión de que efectivamente el actor firma el contrato de **permuta** financiera sin saber exactamente lo que firmaba, en la creencia de que efectivamente ese contrato, ininteligible para ellos, iba a cumplir la finalidad que habían pactado de asegurar la invariabilidad de las cuotas del préstamo que es lo que realmente se les había dicho y explicado; finalidad que podía haberse conseguido fácilmente habiendo contratado, por ejemplo, un seguro que garantizara el tipo de interés variable, pero lo que hace el banco es, con dicha finalidad aparente, ofrecer un producto financiero de alto riesgo y tremendamente complejo, como es el de **permuta** financiera, a unos clientes minoristas. Y sin que efectivamente se consiguiera mediante la aplicación de dichos contratos el fin pactado, de invariabilidad de las cuotas iniciales.

SEXTO.- A la vista de las pruebas obrantes en autos, nos encontramos con que el objetivo de los actores era obtener un crédito hipotecario, para la compra de una vivienda, y como quiera que mostraron su inquietud por la variación del interés, al ser un contrato de préstamo con interés variable, el Banco dema ndado le ofreció el contrato en cuestión, de **permuta** financiera, para que las cuotas a pagar por el préstamo fueran las mismas e iguales, de tal modo que se le aseguraba una cuota fija, como si de un préstamo de interés fijo se tratara.

Es decir, lo que se contrató cuando se firma el contrato de **permuta** financiera era un verdadero contrato de seguro frente a la eventual variación del interés de referencia (euribor), dirigido a que los deudores pagaran la misma cuota inicialmente pactada durante los tres años de vigencia del mismo. Por consecuencia, a lo que dieron su consentimiento los actores, con la firma de los contratos, fue a un contrato que le aseguraba que la cuota del préstamo no le iba a variar. La cualidad de seguro del contrato pactado es reconocida por la propia apelante que no solo denomina a la operación como "hipoteca tranquila" o "túnel hipotecario" sino que se refiere al contrato como un nuevo seguro que cubre a los clientes de las variaciones del tipo de interés cuando lo cierto es que esas variaciones no quedaban en absoluto soslayadas hipotéticamente por el contrato ya que no solo eventualmente los intereses podían disminuir en mucha menor proporción que el importe negativo para los clientes de las liquidaciones del contrato mal llamado de seguro de cobertura de tipos de interés.

SÉPTIMO.- La entidad no se ha ajustado a las buenas prácticas bancarias al ofrecer y contratar con su cliente un instrumento financiero de cobertura del riesgo del tipo de interés de su préstamo hipotecario que no se ajusta a los principios establecidos en la ley 36/2003, ya que el efecto obtenido se traduce en que el cliente se ve protegido únicamente de mínimas fluctuaciones que pueda sufrir el tipo de referencia y no hay equivalencia ni prueba de oferta de fórmulas alternativas más adecuadas.

OCTAVO.- Este mismo Tribunal ya se ha pronunciado sobre este tipo de operaciones financieras. Así la sentencia de 28 de noviembre de 2011 para similar al presente (se trataba de consumidores, personas físicas) y sobre todo la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el que atendíamos a un supuesto en el que la actora era una persona jurídica, donde se pudo apreciar, al igual que en este caso, la concurrencia de un fatal vicio de consentimiento.

En esta sentencia, tras caracterizar el tipo de contrato controvertido por las notas de la aleatoriedad y la imprevisibilidad, se hace ver que los contratantes de estos productos no están dedicados a la actividad bancaria o financiera (igual que en este caso) "y por tanto cumple a la entidad financiera...acreditar fehacientemente que ha informado de la naturaleza del contrato, de las obligaciones asumidas, del riesgo contraído, y de todos aquellos elementos esenciales al cliente menos avezado".

Tanto allí como aquí, una vez se leen las cláusulas contractuales se comprueba que "no se deriva fácilmente la comprensión de las obligaciones que asume la parte que suscribe la **permuta** financiera de interés y mucho menos la cuantificación de las cantidades que le han de ser abonadas o cargadas a ese suscriptor...".

Es cierto que atendido el importe nominal del contrato sobre operaciones financieras y el importe principal del préstamo no existe ese exceso al que se refiere el fundamento de derecho sexto de aquella nuestra resolución, pero sigue intangible lo razonado al siguiente considerando en el que decíamos que: "la parte actora firma el contrato de **permuta** financiera sin saber exactamente lo que firmaba en la creencia que ese contrato iba a cumplir la finalidad que habían pactado de asegurar la invariabilidad de las cuotas del préstamo...que era lo que realmente habían convenido, por tanto al haberse ofrecido por la entidad financiera un contrato tremendamente complejo a un cliente que no se ha demostrado que fuera conocedor de esos productos... la existencia de un error sustancial e insalvable y por ello invalidante en el consentimiento dando lugar a la nulidad del contrato ya que tampoco se ha acreditado que con la aplicación del mismo se consiguiera la finalidad perseguida por el cliente a tenor de las propias alegaciones de la financiera...".

En el supuesto de hecho examinado, con independencia de la traída a colación de esta doctrina tenemos que lo que verdaderamente singulariza la onerosidad de la situación en que se ha colocado a las apeladas radica sobre todo en la falta de una información clara y total sobre las consecuencias o efectos económicos de los contratos en cuestión, que, ha dado lugar a un insoportable perjuicio patrimonial a las actoras que, seguro, no hubieran suscrito el contrato de haber mediado la puesta en conocimiento de la normativa "Mifid", esto es, a través de los tests de conveniencia e idoneidad y como alega la parte apelada, con cita de abundante jurisprudencia, queda bien a las claras la realidad de la mala práctica bancaria que se ha denunciado y cuya ineficacia ha proclamado la sentencia apelada, cuyos fundamentos se han de confirmar.

NOVENO.- Por todo lo expuesto, al ser procedente desestimar el recurso, las costas causadas por el mismo han de imponerse, de conformidad con lo prescrito en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000 que se remite al anterior 394, a la parte recurrente.

DÉCIMO.- Han sido vistos los artículos citados en esta y en la resolución recurrida y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

En su virtud,

FALLAMOS

Se desestima el recurso interpuesto por la representación de NCG BANCO, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sevilla con fecha 26 de julio de 2012 en el Juicio Ordinario nº 100/2011, y se confirma íntegramente la misma con imposición de las costas de esta Alzada a la parte apelante.-

Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución para su ejecución. Dése a los depósitos constituidos el destino legal.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada por el Ilustrísimo Señor Magistrado Ponente en el día de su fecha. Doy fe.-