



Roj: **SAP B 418/2013 - ECLI:ES:APB:2013:418**

Id Cendoj: **08019370142013100030**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **14**

Fecha: **28/01/2013**

Nº de Recurso: **774/2011**

Nº de Resolución: **45/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARTA FONT MARQUINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **DE BARCELONA**

SECCIÓN CATORCE

ROLLO Nº 774/2011

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 1129/2010

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE BADALONA

### **SENTENCIA Nº 45/2013**

Ilmos. Sres.

D. FCO JAVIER PEREDA GÁMEZ

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> CARMEN VIDAL MARTÍNEZ

D<sup>a</sup>. MARTA FONT MARQUINA

En la ciudad de Barcelona, a veintiocho de enero de dos mil trece

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Catorce de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 1129/2010, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Badalona, a instancia de TÜNKERS IBÉRICA, S.L. representada por el Procurador D. Miguel Carreras Quirantes, contra BANCO GUIPUZCOANO, S.A. representado por el Procurador D. Fco. Javier Ranera Cahís, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 5 de abril de 2011, por el/la Juez del expresado Juzgado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Mercè Caba Samper, en nombre y representación de TÜNKERS IBÉRICA, S.L., contra BANCO GUIPUZCOANO, S.A., debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras de fecha 17 de julio de 2006 y el derivado sobre confirmación de seguro de tipos de interés, suscritos entre las partes, con los siguientes efectos reparatorios: la entidad BANCO GUIPUZCOANO, S.A. abonará a la parte actora la cantidad de 14.392,83 euros, más el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago, con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada".

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

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2012.



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

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. MARTA FONT MARQUINA.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos de la sentencia apelada.

**PRIMERO.-** La sociedad actora solicita que se declare nulo el contrato marco de operaciones financieras, denominado Seguros de Tipos de Interés, por vicio en el consentimiento, solicita la condena del Banco Guipuzcoano, demandado, al pago de 11.517,99 euros. Subsidiariamente que se declare resuelto el contrato.

El juzgador de instancia estima la demanda y declara nulo el contrato, con condena al pago de la suma de 14.392,83 euros.

Apela la parte demandada. Alega, en esencia, que no se ha probado el error en el consentimiento.

**SEGUNDO.-** Para la correcta resolución de la controversia se ha de partir del hecho objetivo de que el contrato (**swap**) que nos ocupa se formalizó el día 17 de julio de 2006 (doc. 2 y 3 al folio 41 y ss.) en el que se fijó un valor nominal de 300.000 euros, iniciándose su vigencia a partir de agosto de 2006, hasta agosto de 2010. Las liquidaciones trimestrales pactadas fueron favorables a la actora hasta la bajada de los tipos de interés que se produjo a finales de 2008.

Fue en septiembre de 2009 que la actora comunicó su intención de no renovar el contrato.

Este contrato se encontraba vinculado a los créditos que la demandada había otorgado con la demandada y la finalidad del mismo, como en muchos de los contratos de permuta financiera, era la salvaguarda de las posibles fluctuaciones de los tipos de interés.

Así las cosas, esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la naturaleza del contrato que nos ocupa. Destacan al efecto, las sentencias de 3 de mayo de 2012, ROJ 5006/2012, de 18 de junio de 2012, ROJ 6148/2012, de 26 de julio de 2012, ROJ 8441/2012, entre otras muchas en las que se define el contrato como aquél en que las dos partes acuerdan intercambiar flujos de caja futuros de acuerdo con una fórmula preestablecida y que se liquida periódicamente por las diferencias.

"El producto, del tipo derivados OTC (over the counter), no está supervisado por la CNMV cuando se negocia particularmente, sin entrar en el mercado de valores, y en principio es un producto de activo para el cliente bancario (que busca con él contener las fluctuaciones al alza de los tipos de interés variable), aunque, por su carácter aleatorio, puede convertirse en instrumento financiero de pasivo (si el diferencial entre el tipo de referencia y el de *floor* evoluciona a la baja). El valor del instrumento deriva de la evolución de los precios de otros activos (subyacentes), en concreto de la evolución del Euribor en la mayor parte de los supuestos litigiosos que contemplamos, en los que se plantea, para el cliente bancario, como una operación de cobertura (del riesgo de aumento del interés variable retributivo) y no como una operación de inversión (especulativa o de ganancia).

Su previsión y regulación está contemplada por la Ley 35/2003, el Real Decreto 1309/2005, el Real Decreto 1282/2010, el art. 1 e) de la Orden Ministerial de 10 de junio de 1997, la Orden EHA/888/2008 y la Circular 6/2010, de la CNMV.

En principio, por tanto, este tipo de contrato responde al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 C.c.)."

En el supuesto que nos ocupa se ha de partir del hecho plasmado en el contrato de que en el año 2006 los topes de oscilación del 0,10% al 0,20% son habituales y aceptables, puestos en relación al tipo de interés pactado no superior al 4,45 para toda la vigencia del contrato.

Asimismo se ha de partir del hecho incontrovertible, y de trascendencia, de que la actora no es consumidor de suerte que no puede gozar de la protección que se dispensa a los consumidores y usuarios que se contemplan en la LGDCU.

También es relevante que, si bien estos contratos encuentran acomodo en la Ley del Mercado de Valores (art. 2) y por tanto sometidos a la necesidad de claridad y transparencia, e información, en la contratación, en el supuesto de autos no estaba en vigor la normativa MIFID, que se incorporó en nuestro ordenamiento en 2007 (Ley 47/2007 de 19 de diciembre), de suerte que el test de conveniencia no era preceptivo. Es más, es doctrina consolidada (sentencia de la Sección 15<sup>a</sup> de esta Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de marzo de 2012) que la falta de la formalización de este trámite, de orden administrativo, no puede dar lugar por sí solo la nulidad del contrato, ya que basta que se facilite al cliente la información adecuada sobre el producto adquirido. En definitiva no afecta al consentimiento, ni al objeto, ni la causa del contrato.



Por otra parte el contrato que nos ocupa es de cobertura (no así de simple especulación) para cubrir las fluctuaciones de los intereses crediticios que la entidad actora tenía suscritos con la demandada y otras entidades.

De ello se infiere que, en modo alguno, es dable presumir que la actora contrató en la creencia de que se trataba de un simple "seguro" que cubría el riesgo de la subida de los tipos de interés de las operaciones crediticias.

Todo contrato de seguro conlleva la contraprestación del pago de la prima a cargo del asegurado. La operativa de liquidaciones, que durante los años, en que los tipos de interés no bajaron, no puede ser obviada por la actora ni pueden confundirse con primas de seguro.

El importe nominal pactado ajustado, puesto en relación a la suma de los riesgos que tenía asumidos la actora. Pudo contratar un importe muy superior en atención al montante que tenía en su pasivo. Es decir no sólo se tuvo en cuenta el importe crediticio que ostentaba con la propia demandada, sino al volumen negocial de la actora (CIRBE).

Por último, siendo el contrato de 2006 mal podía conocer la demandada, el gran descenso de los tipos de interés que se produjo a finales de 2008. Es más durante largo tiempo el tipo de interés se mantuvo por encima del 4,96% llegando incluso al 5,39%, de manera que la cláusula que se contiene en la confirmación del contrato (al folio 47) consistente en que si el cliente ha pagado un tipo medio superior al 4,90% al vencimiento recibirá la diferencia, fue a su favor. En aquella fecha todavía nadie podía suponer una bajada tan sustancial de los tipos de interés. No cabe, por tanto, presumir que la entidad bancaria pudiera prever la bajada tan importante de los tipos de interés, por lo cual se ha de excluir, ante todo, cualquier maquinación en la contratación.

**TERCERO.-** Así las cosas, en atención a lo anteriormente considerado, la Sala no comparte la sentencia apelada, en el sentido de que la actora no prestó su consentimiento libremente y conocedora de los riesgos que suponen, siempre, las variaciones de los tipos de interés en cualquiera de los negocios jurídicos que tiene contratados.

Es doctrina consolidada "que el error, como vicio del consentimiento (entendido como un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida STS 25 de mayo de 1963 ), para que sea invalidante y produzca la nulidad del contrato, (1) debe recaer sobre la sustancia del objeto del contrato o aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo (2) no puede ser imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, y (3) ha de ser excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular. Este requisito aunque no consta expresamente en el artículo 1266 CC , es exigido por la jurisprudencia al "examinar el vicio de que se trata, además de que en el plano de la voluntad, en el de la responsabilidad y la buena fe" ( STS 13 de mayo de 2009 y las citadas en la misma)".

Así las cosas, oído el acto del juicio, aunque el Sr. Primitivo , no recuerda el contrato que nos ocupa en concreto, no puede derivarse de ello, que no se informará a la actora de las características del producto. El testigo afirma, hecho creíble, que informa a todos los clientes de la clase de contratación que formalizan.

Como sea que el error en el consentimiento ha de ser probado por quien lo alega, de acuerdo con el principio de conservación del negocio ( art. 1284 del CC ), ha de estarse a la prueba documental aportada y declaraciones de los empleados del banco. El contrato marco y la confirmación del mismo firmado por ambos representantes de la sociedad actora, indican claramente que no se formalizó un contrato de seguro, sino de cobertura de riesgos financieros, ya que en el contrato marco aparece claramente reflejado el "objeto" del contrato, y su finalidad, y las liquidaciones recibidas por la actora, asimismo son claras y no ofrecen duda de la mecánica del contrato, al venir especificados con detalle los importes a pagar o a recibir conforme a los tipos de interés vigentes, de forma que, con una mínima diligencia, máxime y exigible a cualquier empresa acostumbrada a negocios bancarios y de importante actividad industrial, perteneciente al grupo alemán Tunkers Maschinengau GMH, no podía ofrecerle duda alguna de que no se trataba de primas derivadas de un seguro.

En conclusión no hay indicio ni prueba alguna suficiente para alcanzar la convicción de que la actora no conociera el alcance y riesgos del producto que suscribió, todo lo cual conlleva la desestimación de la demanda.

**CUARTO.-** La desestimación de la demanda conlleva la imposición de las costas causadas en 1ª instancia a la parte actora ( art. 394 de la LEC ).

Las causadas en esta alzada no procede imponerlas a ninguna de las partes ( art. 398 de la LEC ).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación



## FALLAMOS

Que, ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO GUIPUZCOANO, S.A. contra la Sentencia dictada en fecha 5 de abril de 2011 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Badalona en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos REVOCAR y REVOCAMOS y desestimándose íntegramente la demanda instada por TÛNKERS IBÉRICA, S.L. contra BANCO GUIPUZCOANO, S.A. procede absolver libremente a la demandada de los pedimentos en su contra, con expresa imposición de las costas causadas en 1ª instancia a la actora, todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes.

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

Así lo pronunciamos y firmamos.

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

FONDO DOCUMENTAL CEJUD