



Roj: **SAP OU 325/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:325**

Id Cendoj: **32054370012015100167**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2015**

Nº de Recurso: **324/2014**

Nº de Resolución: **170/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00170/2015

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidente, Dña. Josefa Otero Seivane y Dña. María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

S E N T E N C I A NÚM. 170/2015

En la ciudad de Ourense a quince de mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio ordinario 358/13 procedentes del Juzgado de Primera Instancia 1 de Ourense, Rollo de Apelación núm. 324/14, entre partes, como apelante, D. NCG Banco SA, representado por la procuradora Dña. Marta Ortiz Fuentes, bajo la dirección de la letrada Dña. María Victoria Fernández Corral, y, como apelada, Dña. Elisabeth , representada por la procuradora Dña. Sonia Ogando Vázquez, bajo la dirección del abogado D. Eduardo Villar Fernández.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Ángela Domínguez Viguera Fernández.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Primera Instancia 1 de Ourense dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 21 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando la demanda interpuesta por la procurador doña Sonia Ogando Vázquez en representación de doña Elisabeth contra Novagalicia Banco SA declaro nulo el contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre las p artes el día uno de junio de 2013 (operación número NUM000) y en consecuencia se condena a la parte demandada a reintegrar a la actora las cantidades percibidas en concepto de liquidaciones derivadas del contrato litigioso, deducidas las cantidades que por el mismo concepto hayan percibido (en su caso) la actora, así como los intereses legales de las cantidades indicadas desde la fecha de los respectivos cargos.- Las costas de imponen a la demanda". El Juzgado de instancia dictó en fecha 24 de abril de 2014 auto cuya parte dispositiva dice así: "Acuerdo: Rectificar el error material de la sentencia dictada con fecha 21/04/2014 , en los siguientes términos: Que donde dice: "En el antecedente de Hecho primero "... se dicte sentencia por la que se declare nulo el Contrato de Cobertura sobre Hipoteca suscrito entre la actora y CaixaGalicia (hoy Novagalicia Banco) en fecha 01-06-2009..."- En el Fundamento Jurídico primero "... declaración de nulidad de un contrato de permuta financiera de tipo de interés suscrito con la demandada en fecha uno de junio de 2009..."- Y en el fallo "... declaro nulo el contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre las partes el día uno de junio de 2013..." Debe decir- En el antecedente de hecho primero "... se dicte sentencia por la que se declare nulo el contrato de cobertura sobre hipoteca suscrito entre la actora y Caixa Galicia (hoy Novagalicia Banco) en fecha 25 de junio de 2009.- En el fundamento jurídico primero "... declaración de nulidad de un contrato



de permuta financiera de tipo de interés suscrito con la demandada en fecha 25 de junio de 2009".- Y en el fallo "... declaro nulo el contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre las partes el día 25 de junio de 2009...".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de la entidad mercantil NCG Banco SA recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Se acepta la fundamentación jurídica d la sentencia apelada.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El contrato de "cobertura de tipos sobre hipoteca", concertado entre los litigantes en 25 de junio de 2009, ha sido acertadamente calificado en la sentencia apelada como contrato de carácter complejo "Definido doctrinalmente como atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. En sentencia de esta misma Sala dictada en 1 de diciembre de 2011 , ya se definía como "atípico porque carece de regulación legal, aunque válido al amparo de la libertad de pacto del artículo 1255 del Código Civil ; consensual porque se perfecciona con el consentimiento; bilateral, porque genera obligaciones para ambas partes; sinalagmático en cuanto existe una interdependencia entre las prestaciones recíprocas; con cierto componente aleatorio, porque prevé obligaciones futuras de contenido incierto, si bien ciertas en su devenir; y con notas próximas al seguro porque ambas partes pretenden cubrirse sus respectivos riesgos."

Se trata de un producto financiero derivado cuyo funcionamiento es complejo, aun cuando los términos literales de las condiciones particulares del contrato parezcan en principio asequibles, puesto que entraña un riesgo evidente para el **consumidor** que no queda bien definido en el contrato, por su carácter especulativo y aleatorio. Indefinición de las consecuencias de la cancelación anticipada, que hacía exigible al banco una recta información previa y aclaración de su contenido respecto de su devenir, más tratándose de contratantes carentes en absoluto de conocimientos financieros, **consumidor** y minorista, de formación media,. Se trata de un instrumento financiero comprendido expresamente en el art. 2 de la Ley de Mercado de Valores , respecto del cual era plenamente exigible la obligación de diligencia y transparencia establecida en el art. 79 de la indicada Ley y el deber de información también legalmente previsto en el art. 79 bis de la misma.

En cualquier caso, la naturaleza de tal producto financiero imponía a la entidad bancaria demandada, para una adecuada formación de voluntad de los demandantes, en orden a prestar un consentimiento rectamente formado, de una información adecuada, especialmente trascendente en la fase precontractual, que no es otra cosa que adecuar su actuación a los dictados de la buena fe, que rige muy especialmente en esta clase de negocios jurídicos, y exigible con arreglo a lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil .

Especialmente cuando se contrata con **consumidores** o minoristas, sin asesoramiento, de escasa formación y nulos conocimientos financieros, por la posición contractual dominante de la entidad bancaria, con mejor conocimiento del mercado financiero y de la evolución previsible de los tipos de interés, de la que carecían los demandantes. Exigencia más rigurosa en la legislación vigente, tras la reforma de la ley del mercado de valores por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, Decreto 217/2008, consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva MIFID -2004/39 de 21 de Abril.

El art. 79 bis de la LMV en su actual redacción establece, que "la información dirigida a los clientes debe ser "imparcial, clara y no engañosa"; abarcar "los gastos y costes asociados de modo que 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"; la referente a los instrumentos financieros, incluirá, "orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos".

Segundo.- Ninguna de tales previsiones se cumplió en el caso, o cuando menos no consta acreditado que la información prestada por la entidad bancaria demandada fuese suficiente a efectos de que la demandante formase un conocimiento cabal acerca de los efectos de futuro y funcionamiento del producto financiero contratado. Correspondiendo a la entidad financiera la carga de acreditar, como ya ha tenido ocasión de reiterar esta Sala "que había mediado un correcto asesoramiento e información en la fase previa de formación de la voluntad, al profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de



sus clientes. Por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información". La parte demandada aportó al efecto el testimonio del empleado de la entidad bancaria que comercializó el producto financiero, quien no dio razón, como ya indica la sentencia apelada, de la clase de información facilitada, como serían estudios financieros de la entidad bancaria sobre la evolución previsible de los tipos de interés, sobre la posibilidad de existencia de liquidaciones negativas o sobre el posible coste económico de la cancelación anticipada para el **consumidor**. Lo cierto es que, en un escenario de tendencia a la baja de los tipos de interés (como resulta de informes para el año 2008 publicados en la página web del Banco de España) que en buena lógica debía conocer el profesional financiero y no el **consumidor**, se le recomendó por la entidad demandada la concertación de dicho contrato, absolutamente inadecuado para los intereses de la demandante, que tenía concertado en la misma entidad un contrato de préstamo hipotecario con cláusula suelo, sin que conste se le hubiese trasladado a la demandante esta clase de información sobre la evolución previsible de los tipos de interés.

Según resultó probado, fue la propia entidad bancaria la que llamó a la actora ofertándole dicho producto, que resultaba absolutamente inadecuado para cumplir una finalidad de cobertura para el supuesto de subida del Euribor por encima del tipo de 5,75% en el préstamo hipotecario, al que se hallaba vinculada, como se deriva de la propia denominación del contrato (de "cobertura sobre hipoteca"). Como ya indica la sentencia apelada, no se le mostraron ejemplos concretos de su funcionamiento "según los diversos escenarios del Euribor y confrontando su operativa con la del préstamo hipotecario al que servía de cobertura, en un cálculo "al menos aproximado, del coste de cancelación del producto y como ya hemos indicado, una información objetiva sobre las previsiones de mercado que barajase la entidad, máxime cuando es la propia entidad quien, en desarrollo de una activa campaña comercial, llamó a la actora a fin de ofertarle el producto". Como también se indica en la resolución recurrida "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera abarca por aplicación de la normativa expuesta, no solo al funcionamiento del producto sino a la información de que disponga sobre las previsiones de futuro en orden al comportamiento de los tipos de interés o sus fluctuaciones, por tratarse de un dato de especial importancia para conocer el riesgo asumido y prestar el consentimiento con pleno conocimiento de lo pactado. Ello no significa, evidentemente que la entidad bancaria suministre un pronóstico de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertado, sino como señalan numerosas sentencias de las AP una información razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias o basada en supuestos razonables basados en datos objetivos".

En el caso, dicho contrato resultaba más bien perjudicial para sus intereses, elevándose considerablemente los costes financieros resultantes del préstamo hipotecario que tenía concertado. Pues la demandante sólo se vería compensada mediante el Swap si el tipo máximo del Euribor hipotecario superaba la barrera del 5,75% (supuesto de difícil acaecimiento en el año 2009) mientras que vendría obligada a compensar a la entidad bancaria si el tipo mínimo descendía por debajo del 4,50% (año 2010) del 4,75 en las sucesivas anualidades hasta el 2015 (supuesto cuyo acaecimiento, por el contrario, era altamente previsible). Mientras que se mantenía en su hipoteca una cláusula suelo, de modo que no se vería beneficiada por el descenso de tipos de interés por debajo del 3%. De hecho todas las liquidaciones derivadas del contrato de cobertura resultaron negativas para la demandante desde el principio.

Esta misma Sala de apelación resolviendo un supuesto análogo había declarado en su sentencia de 23 de julio de 2013, "en el supuesto de contratos vinculados a un préstamo hipotecario, como sucedió en el caso, el perjuicio se incrementaba, puesto que en ellos se había pactado la "cláusula suelo", de modo que a la liquidación negativa del "IRS" en caso de bajada del Euribor, sin embargo, el **consumidor** no se beneficiaba en modo alguno de tal descenso en el préstamo hipotecario vinculado, puesto que la cláusula suelo lo impedía e imponía abonar en todo caso un interés fijo muy por encima del de mercado. Siendo de este modo doblemente penalizado el **consumidor**, incrementándose así sus costes financieros en el préstamo hipotecario en lugar de mitigarlos, de modo que ninguna utilidad reportaba al cliente, sino al contrario, frustrando la finalidad prevista al contratar y ofertada por la entidad bancaria, ocasionándose así un importante desequilibrio entre las prestaciones".

En consecuencia, la inferencia obtenida por la juzgadora de instancia respecto de la concurrencia de error en el consentimiento se estima plenamente acertada y procedente la aplicación de lo dispuesto en los arts. 1.265 y 1.266 del Código Civil.

En cuanto a la alegada confirmación del contrato, esta Sala tiene declarado, entre otras en la sentencia de 23 de julio de 2013, que el hecho de que los demandantes no mostrasen disconformidad con las consecuencias del contrato sino después de su vencimiento natural y tras haberse cargado liquidaciones negativas, no obsta a la apreciación del error siempre que la acción de nulidad se ejercite dentro del plazo determinado en el art. 1.301 del Código Civil, como aquí aconteció. De modo que procede confirmar íntegramente la sentencia apelada, cuyas restantes consideraciones se tienen por reproducidas.



Tercero.- Dada la íntegra desestimación del recurso de apelación formulado, las costas de la alzada se imponen a la parte apelante.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG Banco SA contra la sentencia dictada el 21 de abril de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia 1 de Ourense en autos de juicio ordinario 358/13 -rollo de Sala 324/14-, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD