

AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE BARCELONA  
SECCIÓN DECIMONOVENA  
ROLLO N° 551/2013- A  
Procedimiento ordinario N° 701/2012  
Juzgado Primera Instancia 7 Sabadell

S E N T E N C I A N° 15/2015

Ilmos.Srs. Magistrados  
D. MIGUEL JULIÁN COLLADO NUÑO  
D. JOSE MANUEL REGADERA SAENZ  
D. GONZALO FERRER AMIGO

En la ciudad de Barcelona, a doce de marzo de 2015.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimonovena de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario núm. 701/12, seguidos por el Juzgado Primera Instancia 7 Sabadell, a instancia de [redacted] contra BANCO SABADELL ATLANTICO ; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte BANCO SABADELL ATLANTICO contra la sentencia dictada en los mismos el día 03/06/2013 , por el Sr./a. Magistrado/a del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: "ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda en su día presentada por la Procuradora Dña. [redacted] en representación de D. [redacted] , frente a BANCO DE SABADELL, S.A., representado en autos por la Procuradora L [redacted] y, en consecuencia, declarar la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 22 de septiembre de 2006, del contrato de permuta de producto derivado de la misma fecha y del contrato de producto derivado

de fecha 16 de febrero de 2009 (con vigencia desde el 30 de septiembre), condenando a BANCO DE SABADELL S.A. a estar y pasar por esta declaración y a devolver a [redacted] la cantidad de CIENTO TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS (133.569,78 euros), como saldo resultante a su favor de las liquidaciones derivadas de dichos contratos, con el interés legal de dicha cantidad devengando desde la fecha de interposición de la demanda.

Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada BANCO SABADELL ATLANTICO mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria y elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 4 de marzo de 2015.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr.. Magistrado D.D<sup>a</sup> José Manuel Regadera Sáenz.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por parte de la representación de BANCO DE SABADELL, S.A. se interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada el día 3 de junio de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 7 de Sabadell en juicio ordinario 701/2012.

La mencionada resolución estimó la demanda presentada por la representación de [redacted] contra la apelante en la que se solicitó la nulidad por vicio del consentimiento del contrato marco de operaciones financieras que las parte suscribieron le día 22 de septiembre de 2006 y del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito el día 30 de septiembre de 2009, con recíproca devolución de las prestaciones. Entiende la resolución recurrida que al actor no le fue proporcionada la debida información sobre la naturaleza, funcionamiento y efectos del contrato de permuta financiera, luego incurrió en error excusable que determina la nulidad del contrato.

Señala la apelante que la información proporcionada fue correcta y suficiente, que hubo confirmación del contrato, que la ausencia de cumplimiento de los requisitos de información no determina automáticamente la nulidad del contrato y que las cantidades a devolver sólo pueden generar intereses desde la interposición de la demanda su fueron abonadas antes.

La apelada solicita la confirmación de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** La actora suscribió dos contratos de permuta financiera de tipos de interés con la demandada, uno el 22 de septiembre de 2006 (a los folios 122 y 123 de las actuaciones) y otro el 30 de septiembre de 2009 (al folio 127). El primero fue cancelada por acuerdo entre las partes para pasar a suscribir el segundo. Las explicaciones que contiene el contrato, y nos referiremos al segundo porque es respecto del que se predica la nulidad, se limitan a un cuadro en el que para cada período trimestral se establece un tipo fijo, una barrera desactivante y un tipo variable de pago. Sin ninguna otra explicación sobre el funcionamiento de un contrato de permuta financiera, sin test de idoneidad ni de conveniencia ni posibles escenarios dependiendo de la evolución del EURIBOR. Por eso la apelante, sobre la información dada al actor, se remite a la que contiene el primero de los contratos de permuta financiera contratados, que respecto al segundo contiene una serie de explicaciones (en el apartado CARACTERÍSTICAS y en siete líneas) que a la demandada le parecen suficientes, a pesar de que tenga que dedicar de las páginas 2 a 8 de su recurso de apelación a explicar cuál es el funcionamiento del swap en concreto. Es decir, las explicaciones no se dieron en su momento en la forma que exige la legislación vigente al actor sino que se le dan al Tribunal en esta alzada.

La S.T.S. de 7-7-2014 (384/2014) expone los puntos básicos a analizar en este tipo de litigios, siguiendo la S. del Pleno de la sala 1ª del T.S. de 20 de enero de 2014. Señala la mencionada resolución:

"A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap .

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es

imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4 . El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5 . En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap , como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo."

Esta Sentencia ha sido ratificada por la de la Sala 1ª del T.S. de 12-1-2015 (769/2014).

En este caso no se ha cumplido dichos deberes de información por cuanto en el contrato que se ha mencionad no se recoge información particular alguna sobre los posibles escenarios que podrían darse ante la evolución del EURIBOR. No existe información detallada que conste haya sido proporcionada al cliente de forma documental.

No existe test de idoneidad ni de conveniencia, cuya importancia resalta la mencionada la STS, Civil sección 991 del 20 de enero de 2014 ( ROJ: STS 354/2014) al referir que: "En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.". No existió, desde luego, esa evaluación

desde el momento en que se contrató el EURIBOR era inferior al tipo fijo de referencia pactado.

En resumen, no puede decirse que el actor conociera cuál era el funcionamiento ni las consecuencias del contrato que firmaba. A esta conclusión no obsta que hubiera suscrito otro swap anterior al que se solicita la nulidad, ya que no consta que allí se le proporcionara la información adecuada y que, por tanto, para la suscripción del segundo ya la tuviera (así lo mantuvimos en la sentencia dictada en el rollo de apelación 503/2013). Tampoco obsta el que el acto sea licenciado en farmacia, estudios que no le capacitan especialmente para comprender el funcionamiento de un producto financiero complejo si no consta que le fueran dadas las explicaciones debidas por quien debía prestarlas.

Es cierto que la mea infracción de estos deberes de información, o la ausencia del test de conveniencia, no determina la nulidad del contrato. Así lo señala la STS, Civil sección 1 del 15 de diciembre de 2014 ( ROJ: STS 5411/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5411) al referir que: Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014. Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad ( art. 1255 CC )."

Ahora bien, lo anterior salvo que acredite la parte demandada, que es sobre quien pesa la carga de la prueba, que proporcionó la información adecuada al cliente, cosa que aquí no ha sucedido.

**TERCERO.-** En cuanto a la confirmación del contrato que pretende la apelante fue hecha mediante el escrito (folios 365 y s.s.) que el actor dirigió al departamento de atención al cliente de la demandada donde introduce la frase "...yo acato los resultados...". Ha de tenerse en cuenta que como señala la antes citada STS de 12-1-2015: "La alegación de confirmación del contrato no puede ser estimada porque no concurren los requisitos exigidos en el art. 1311 del Código Civil para que pueda considerarse tácitamente confirmado el negocio anulable. La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la

impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración.”

Pero no solo porque no concurren los requisitos legales y jurisprudenciales, sino porque el tener general del escrito, del que no se puede extraer una sola frase, expone lo que se dice en la demanda: que el actor solicitó una importante hipoteca para adquirir una farmacia (1.750.000 euros), que el producto financiero le fue vendido como una forma de obtener un préstamo hipotecario a tipo fijo, evitando las subidas del EURIBOR, que a pesar de lo cual estaba dispuesto a soportar las consecuencias del contrato mientras estuviera vigente la hipoteca, pero resulta que canceló la hipoteca y el swap seguía desarrollando sus efectos, pues debía seguir abonando trimestralmente las cantidades que correspondían ante el desplome de los tipos de interés. Como es lógico del escrito solo puede seguirse que el actor ignoraba cuál era el funcionamiento del swap, que desde luego no es asegurar el tipo fijo de una hipoteca para el prestatario salvo en determinados escenarios.

**CUARTO.-** Por lo que hace a la devolución de las cantidades, lleva razón la apelante cuando señala que las cantidades abonadas por el actor después de interpuesta la demanda, y que le deben ser devueltas, solo podrán generar los intereses legales desde que fueron pagadas y no desde que se interpuso la demanda, por razones obvias.

**QUINTO.-** Visto el art. 398 de la LEC se impondrán las costas de esta alzada a la apelante, pues aunque se estime la petición subsidiaria que se hace referencia en el FJ 4º de esta resolución, bien pudo ser cuestión a solucionar mediante el expediente que ofrecen los arts. 214 y 215 de la LEC, sin necesidad de plantear recurso de apelación.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

### F A L L A M O S

LA SALA ACUERDA: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por parte de la representación de BANCO DE SABADELL, S.A. contra la Sentencia dictada el día 3 de junio de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell en juicio ordinario 701/2012, que se confirma excepto en lo que hace al cálculo de los intereses de las cantidades adeudadas por la apelante, que deberá hacerse como se expone en el FJ 4º de esta Sentencia, con imposición de las costas de esta alzada a la apelante.

Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Casación para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer en el plazo de veinte días si se dieran los requisitos legales oportunos.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la cual se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- En este dia, 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.