

7- ABR. 2011

En OVIEDO, a cuatro de Abril de dos mil once. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D. José-Manuel Barral Díaz, Presidente; D^a María-Elena Rodríguez-Vigil Rubio y D. Jaime Riaza García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

SENTENCIA N° 132

En el Rollo de apelación núm. 99/11, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 274/10 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Oviedo, siendo apelante **BANCO SABADELL S.A.**, demandada en primera instancia, representada por la Procuradora DOÑA MARIA GARCIA-BERNARDO ALBORNOZ y asistida por el Letrado DON ALVARO IGLESIAS DIAZ-RINCON; y como parte apelada

, demandante en primera instancia, representada por el Procurador DON RAMON BLANCO GONZALEZ y asistida por el Letrado DON JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO; **ha sido Ponente el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado Doña María Elena Rodríguez-Vigil Rubio.**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo dictó sentencia en fecha 29 de Julio de 2010 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda formulada por la representación de , S.L. contra Banco de Sabadell, S.A.,S.A. debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco suscrito entre las partes, con sus anexos así como la confirmación añadida, condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad de 7.789,83 euros, más los intereses legales correspondientes que devengue la expresada cantidad, desde la fecha en al que se detrajo la misma de las cuentas de la actora, con expresa condena en costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 30-3-2011.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda en la que la actora, empresa mercantil minorista dedicada al ramo auxiliar de la construcción, postulaba frente al Banco de Sabadell S.A., la declaración de nulidad del denominado Contrato Marco y sus Anexos y el de la Confirmación Añadida,

que habían sido suscritos por las partes en fecha 18 de abril de 2008, fundada en la existencia de un vicio de consentimiento, con la correlativa obligación por parte del Banco de reintegro de la liquidación final que resulte a favor de la actora de los pagos efectuados en ejecución de los mismos con sus intereses.

Tal pronunciamiento estimatorio se funda en apreciar concurrente el error invalidante invocado, por reputar que el citado producto financiero revestía la naturaleza de una permuta financiera y concluir, una vez analizadas las circunstancias que precedieron a su suscripción que había existido por parte del Banco demandado una omisión de su obligación de información con especial incidencia en el extremo relativo a " la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial", falta de información que es la que había provocado en la actora ese error esencial en el consentimiento que presto a la firma de los citados contratos.

Frente a esa estimación de la acción de nulidad por vicio de consentimiento se alza el recurso de la entidad demandada en cuyo escrito de interposición reitera su oposición a la declaración de nulidad que desarrolla en un triple orden de razones: **a)** negar la posibilidad de existencia de error en la actora en este caso con fundamento esencial en haberle sido facilitado a la misma, previamente a la suscripción de tales contratos, un documento informativo, el adjuntado como num. 1 de su contestación, no impugnado de adverso , en el que se explica con toda claridad cual es el funcionamiento del contrato, concretamente el modo en que se determinan las liquidaciones trimestrales, del que resultaba evidente cual era el riesgo asumido por el cliente que no era otro que la posibilidad de recibir liquidaciones negativas si el tipo referencial fijo pactado el 4,22, era inferior al Euribor a tres meses, resultando igualmente de la información contenida en el test de Conveniencia, (doc. 2 de la contestación) que la

actora conocía ya con anterioridad esa estructura y funcionamiento así como el riesgo inherente al mismo de que la evolución del Euribor al alza o a la baja sería el elemento que determinaría el sentido de las liquidaciones periódicas que en su ejecución tendría que afrontar cada parte; **b)** insistir, tras el pormenorizado análisis que realiza de la Normativa Bancaria y del Mercado de Valores, que no existe en la misma imposición de obligación alguna a las entidades financieras de información a sus clientes sobre la "la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable", de la que además se alega no dispone y, por último, **c)** invocar que en todo caso no concurriría en el error invocado los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TS para dar al mismo relevancia anulatoria, al fundarse en hechos posteriores al contrato, la evolución de los tipos de interés que acaeció meses después de su perfección, afectar no a un elemento esencial del mismo sino al aleatorio que, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, hace inviable la invocación de error y, por último, no ser inexcusable, con fundamento en que el riesgo inherente en el mismo era obvio y bastaba para apreciarlo una somera lectura de los documentos contractuales e informativos previos.

SEGUNDO.- Así centrados los términos de la impugnación, en realidad todo el amplísimo y exhaustivo desarrollo argumental de esos motivos tienen un eje o núcleo central común y este no es otro que el determinar cual es el alcance de la normativa protectora que debe ser seguida por las entidades financieras en sus relaciones con los clientes en la comercialización de productos financieros de la naturaleza del litigioso, así como si efectivamente en este caso ha existido o no incumplimiento por la recurrente del deber que la impone tanto la normativa general del CCivil como la bancaria y del mercado de valores sobre información precontractual y transparencia de los productos comercializados, pues es evidente que esa información



determinó la voluntad de contratar el producto en la actora, siendo por ello previo a la propia formalización del contrato, y es precisamente en la insuficiencia de la suministrada en la que se sustenta en este caso por la misma la invocación de existencia de error invalidante en el consentimiento prestado al producto bancario litigioso.

Pues bien, sobre la citada cuestión del alcance del deber de lealtad y fidelidad y la obligación de prestar adecuada y suficiente información precontractual sobre el producto financiero litigioso, que tiene la naturaleza y caracteres propios de una permuta financiera, en los términos que pormenorizada y correctamente se razona en la recurrida a los que nos remitimos al compartirlos en su integridad para evitar reiteraciones innecesarias, ya se han pronunciado distintas Secciones Civiles de esta Audiencia, concretamente la Sección 5ª en sus sentencias de fechas 27 de enero y 23 de junio de 2010, la Sección 5ª en la de 12 de noviembre del mismo año y la Séptima, de 18 de junio de 2010, enjuiciando precisamente en dos de ellas idéntico contrato de permuta financiera al hoy litigioso, llegando todas al mismo resultado de la insuficiencia que aprecia la recurrida, con razonamientos que al ser plenamente compartidos por esta Sala nos llevan a rechazar el presente recurso y a mantener la declaración de nulidad acordada en la primera instancia.

En efecto en las citadas sentencias, en criterio que ha sido igualmente compartido por la doctrina mayoritaria de las Audiencias que han tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema, enjuiciando supuestos de permutas financieras, en su modalidad de tipos de interés (SWAP en la terminología anglosajona de la que procede), como es la de autos, tras describir con detalle su operativa de funcionamiento, ya en relación al alcance de la información precontractual exigible a las entidades financieras, se argumenta que: "El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V ., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por

aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil)

cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V".

TERCERO.- Respecto al concreto alcance de la información y sobre si la misma ha de incluir o no la relativa al riesgo específico de este tipo de producto financiero, cual la "relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial", la respuesta dada en las citadas sentencias ha sido coincidente con la afirmativa de la sentencia de primera instancia aquí recurrida y ello con fundamento en que "es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a una previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor).

Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.

De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como

límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial.

Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés.

Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee.

Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b).

En este caso si bien era notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en la fecha en que se suscribió el contrato el Euribor sufría una fluctuación al alza, lo que no era notorio ni pertenece al común saber de las gentes era el grado de previsión del brusco descenso que el mismo iba a tener meses después, siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente" (el subrayado es nuestro).

CUARTO.- Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del contrato aquí concertado, y el alcance de deber de información y diligencia que ha de estimarse exigible a la entidad bancaria demandada, en los términos razonados en el fundamento de derecho anterior, ha de compartirse, con la recurrida, la concurrencia en este caso de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que el error invalide el consentimiento.

El error previo a la firma del contrato existió ya que en este caso la prueba documental adjuntada con los escritos rectores del proceso por ambas partes, que no fue objeto de impugnación por ninguna de ellas en la audiencia previa, y la testifical practicada a instancia de la demandada a medio de la declaración de la directora de la sucursal que intervino la operación y el director de zona, pone de manifiesto en forma indubitada que la contratación se realizó a instancia de empleados de la recurrente tras haber acudido el representante de la actora a sus oficinas con la finalidad de obtener financiación, momento en el que, ante la imposibilidad de ampliar la que ya tenía concedida, se le ofreció el producto hoy litigioso como un forma de estabilización de los tipos de interés variable de operaciones financieras previas concertadas con el Banco que sumaban un pasivo de 180.000€, a los que tras la firma de la permuta litigiosa se adiciono otra línea de descuento por importe de 60.000€.

En el folleto informativo previo y en los propios contratos se explicaba la mecánica de funcionamiento de esta permuta financiera, que ciertamente no presenta mayor dificultad ya que, en lo que aquí interesa, se traduce en el intercambio entre si del pago de cantidades resultantes de aplicar un Tipo Fijo y un tipo variable sobre un importe meramente nominal, que en este caso iba mas allá del total de las operaciones crediticias que la actora mantenía con el Banco recurrente, y durante el periodo de tres años acordado, indicando el tipo de interés que cada una de las partes había de abonar a la otra, operativa de la que efectivamente resultaba la posibilidad de que el cliente recibiera liquidaciones negativas.



Ahora bien lo que no es posible inferir en forma clara y evidente de la citada documentación son las consecuencias económicas tan desproporcionadamente perjudiciales que en caso de bajada brusca del tipo de referencia, el EURIBOR, podían generarse al cliente, y ese y no otro es el riesgo insito en este tipo de operación de permuta financiera, contrato complejo con un componente aleatorio y/o especulativo importante, pues la expectativa de rentabilidad en el mismo está directamente relacionada, para los entendidos y conocedores del comportamiento del mercado financiero, (entre los que notoriamente lo está la entidad bancaria al disponer de recursos de todo orden, personales y materiales, para poder tener un privilegiado conocimiento técnico de su evolución), en la previsión de un desplome o caída de los tipos de interés y por ende del tipo referencial del euribor, del que en ningún momento se advirtió al cliente ni en el folleto informativo ni en el contrato, y la falta de información sobre tal tendencia o previsión a la baja, que a la postre se materializo, escasos meses después de la suscripción del contrato, comportó para los clientes medios, no profesionales del sector ni conocedores de una realidad tan compleja, en definitiva, clientes minoritarios a tenor de la vigente normativa de la Ley del Mercado de Valores aquí aplicable, como lo es la actora, una situación de desequilibrio cuya base o fundamento no fue otro que ese desconocimiento del riesgo que conllevan este tipo de operaciones, al que prestó un consentimiento carente de la información previa precisa que venia obligada a facilitarle la entidad bancaria recurrente.

Esa falta de información precisa sobre el específico riesgo inherentes al contrato litigioso, no puede estimarse subsanada en este caso por la genérica referencia al riesgo aplicable a todas las operaciones recogidas en el apartado 15.5 del contrato marco y el 4 de la Confirmación, dado que ambas que en su propia literalidad recogen una cláusula de exoneración de responsabilidad general para la entidad



financiera que unilateralmente redactó el contrato, que en ningún momento alude al específico riesgo del producto derivado aquí contratado.

Ni de la lectura del folleto informativo, en el que se oferta el contrato suscrito como una " COBERTURA DEL RIESGO DE TIPOS DE INTERES" ni de la del contrato marco o el de confirmación, es posible reputar cumplido ese deber de información, en los términos en que el mismo se ha visto reforzado, desarrollado y especificado en la normativa Bancaria y del Mercado de Valores vigente a la fecha de su firma, poniendo así de manifiesto su trascendencia práctica, pues su finalidad no es otra que la de poner en conocimiento del cliente en forma comprensible el alcance y contenido del específico riesgo del producto que se le ofertaba, para que, con plena conocimiento del mismo, pudiera decidir si lo aceptaba o no, sobre todo cuando de clientes minoristas se trata.

El Real Decreto 217/2008 de 15 febrero, (aplicable al caso dada la época en que se suscribió el contrato litigioso) exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62); y expresamente tratándose de productos financieros, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (artículo 64). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

No ha exigido en este caso una adecuada información del riesgo inherente al contrato de permuta financiera, y esa falta de información adecuada está en el origen del error padecido por

la actora a la hora de prestar su consentimiento a contratar el producto ofrecido, por lo que ha de estimarse concurren los requisitos que justifican la declaración de invalidez basada en la existencia de error.

Esto ultimo es asi, porque siendo el error el vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta, la jurisprudencia del TS, en relación a los requisitos que ha de reunir el mismo para ser invalidante, tiene declarado en doctrina reiterada, recogida entre otras muchas en su sentencia de 17 de julio de 2006 con amplia cita de precedentes, que " es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una 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 éste 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 (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994 , que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).

Todos esos requisitos aquí concurren. El error es esencial y existió en el momento de la firma del contrato, ya que la

falta de información precisa, correcta y adecuada, que estaba obligada a facilitar a la actora el Banco recurrente, sobre el riesgo inherente a este específico contrato ofertado, que nada o poco tenía que ver con las necesidades de financiación de la misma, le generó un error excusable sobre la esencia del contrato, sobre las obligaciones y esencialmente sobre el riesgo asumido con su firma, con entidad suficiente para invalidar su consentimiento. No se informó del hecho de tratarse de un producto financiero complejo y de alto riesgo, en el que la variación a la baja de los tipos de interés durante el periodo de su vigencia, le podría deparar unas pérdidas elevadas, como se produjeron en la práctica, y en el que la previsión en torno a la evolución del mercado financiero, al que estaba indisolublemente unido el riesgo asumido, nunca fue explicitado, lo que era absolutamente relevante dado que en el contrato no existía limitación alguna del tipo a pagar al banco para las bajadas del tipo de interés, permaneciendo inamovible el nominal inicial, con abstracción por completo de la deuda amortizada, desconociendo además el cliente cual era el coste de la cancelación anticipada, que como bien se argumenta en la recurrida es elemento esencial en la formación de la voluntad negocial, ya que no puede reputarse poco relevante que ante una bajada tan importante, como la que se produjo escasos meses después de la firma del contrato, tenga la actora interés en adecuar sus costes financieros a una situación más acorde con la del mercado, en vez de verse atada a un tipo de interés referencial fijo, que se presenta como absolutamente desproporcionado con la situación actual.

QUINTO.- Las razones precedentes, unidas a las consignadas en la sentencia de primera instancia que se comparten en su integridad y dan aquí por reproducidas en aras a la brevedad, determinan el rechazo del recurso y la obligada imposición de las costas causadas en esta alzada a la recurrente, de



conformidad con lo dispuesto en el art. 398 1º de la L.E.Civil.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente:

F A L L O

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por **BANCO DE SABADELL S.A.** contra la sentencia dictada en autos de juicio civil Ordinario que con el número 274/10 se siguieron ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Oviedo. Sentencia que se confirma con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

Así por esta sentencia, que es firme al no ser susceptible de recurso ordinario o extraordinario alguno, lo pronuncia, manda y firma la Sala.

