

NÚMERO 215

En OVIEDO, a treinta de Mayo de dos mil once, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y Don José Antonio Soto-Jove Fernández, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número 227/2011, en autos de JUICIO ORDINARIO N° 907/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número once de los de Oviedo, promovido por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., demandada en primera instancia, contra D<sup>a</sup>. CARMEN , demandante en primera instancia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. Nuria Zamora Pérez.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número once de los de Oviedo se dictó Sentencia con fecha treinta de Diciembre de dos mil diez, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Muñiz Solís, en la representación de autos, contra Banco Popular Español, SA, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés de fecha 7 de septiembre de 2.007, que unían a ambas partes, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, todo ello con expresa

imposición a la demandada de las costas procesales causadas.".-

**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día diecisiete de Mayo de dos mil once.-

**TERCERO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima la demanda articulada por Doña Carmen y en consecuencia declara la nulidad del contrato de "Permuta Financiera de tipo de interés" (IRS), concertado con Banco Popular Español SA, el 7 de septiembre de 2.007, con los efectos inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubieren sido objeto del mismo, imponiendo a la demandada las costas procesales causadas.

Recurrida la sentencia por la entidad demandada, Banco Popular Español SA, comienza denunciando la indebida aplicación de la Ley de Mercado de Valores, así como la improcedente equiparación del contrato de "permuta financiera" a un contrato de inversión lo que no es, error que induce a atribuir a la entidad apelante la condición de "mandante" del cliente, que no tiene.

**SEGUNDO.-** Centrado este primer motivo del recurso en los términos expuestos ha de ser desestimado.

El tema jurídico que se suscita en este litigio ha sido analizado y resuelto por esta misma Sala en sus sentencias de 12 de noviembre de 2.010, 22 de febrero de 2011 entre otras, así como por otras secciones de esta Audiencia Provincial, como las sentencias de la Sección quinta de 27 de enero y 23 de octubre de 2.010. Nos hallamos ante un contrato de permuta financiera de tipos de interés; con independencia de la nomenclatura que le atribuyan las diferentes entidades bancarias, unas hablan de Swap, otros de Clip o bien como sucede en el caso de IRS. Como ya se apuntaba en aquellas resoluciones nos hallamos ante un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con independencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

En su modalidad de tipos de interés el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto que opera en base a las fluctuaciones que sufra un determinado tipo de interés el Euribor, tiene cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

Y ya con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, añaden dichas resoluciones que "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del 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 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 artículo 2 L.M.V).

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de este 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 artículo 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 intensa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 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" (artículo 5.3),

Dicho Decreto fue derogado por 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 (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 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 (artículo 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 e 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 (artículo 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 demandante, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalágmatico, 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 (artículo 7 del Código Civil), 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.

Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva.

La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos

interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato de Swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los bancos contratan por iniciativa propia sin que existan clientes recíprocamente, interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se halla sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 20-1-2.003.)".

Por último, destacan dichas sentencias que "es evidente que ostentando el banco por su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichoso sino que obedece a un 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 contrato". De ahí que concluyan, 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. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, en las condiciones de tipo de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés."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 artículo 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos", o como exige el artículo 60.5 del RD 217/2.008 "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos (letra b)".

Así las cosas hierra el apelante al apuntar que se resuelve el litigio con arreglo a la normativa que regula el Mercado de Valores. Las referencias que se hacen a esa normativa lo son con la finalidad de poner de relieve la obligación de la entidad bancaria, en relación a sus clientes, personas en muchas ocasiones ignorantes o poco avezadas en el ámbito financiero, de facilitarles información suficiente, clara y comprensible del producto bancario que van a contratar de manera que tengan conocimiento certero del riesgo que

asumen, pues sólo así pueden decidir con total libertad si les interesa o no concertar el contrato.

Tampoco se aprecia la equivocación denunciada por el apelante en el sentido de equiparar la "permuta financiera de intereses" con un producto de inversión. La diferencia es clara. En la permuta es el cliente y la entidad bancaria quien concierta el contrato, de manera que los derechos y las obligaciones que de él dimanen repercuten en las partes contratantes- cliente, entidad bancaria- en los términos regulados en el artículo 1257 del Código Civil, así pues, la entidad crediticia no opera ni como mandatario, ni como "mandante" del cliente, sino como parte directamente contratante.

Aclarados los dos extremos anteriormente expuestos no cabe negar el carácter especulativo del contrato derivado, como ya quedó expuesto precedentemente, de su naturaleza aleatoria, pues ambos contratantes juegan a obtener un beneficio o a sufrir una pérdida en función de las variaciones al alza o a la baja que experimente el euríbor, calculando el resultado económico del contrato en base a un capital nominal que no se desembolsa, y realizando liquidaciones periódicas en la forma convenida.

**TERCERO.-** Como segundo motivo del recurso el apelante cuestiona la existencia de error en la concertación del contrato y de apreciarse el mismo niega el carácter esencial y en todo caso su naturaleza vencible de haber observado una mínima diligencia. Motivo de apelación que tampoco cabe estimar.

El hecho de que la concertación de estos contratos pudiera venir impulsada por la legislación positiva, en concreto el apelante hace referencia al artículo 19 de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de Medidas de Reforma Económica, no obligaba a las entidades bancarias a ofertarlos a los clientes, sino que era una mera posibilidad, cuya introducción en el mercado requería cuando menos, un mayor estudio y comprobación de su mecánica operativa a fin de salvaguardar los derechos del cliente, pues si algo ha evidenciado la práctica forense es que cuando el producto actúa en beneficio del cliente la rentabilidad económica que éste obtiene acostumbra a ser mínima, en tanto que cuando la liquidación es a favor de la entidad bancaria es sustancialmente superior, observando un total desequilibrio de prestaciones, que no se justifica dentro del marco bancario y crediticio en el que se propugnaba la aplicación del producto.

Es más en el caso de autos resulta un tanto incomprensible que se ofertara este producto a la demandante, a la vista de la prueba documental que hay en autos. Hemos de recordar que su finalidad era la de conseguir que clientes que mantuvieran otro tipo de relaciones con la entidad bancaria, tales como pólizas de crédito, préstamos, hipotecas u otros productos financieros sujetos a un tipo de interés variable en función de las alteraciones del euríbor, se vieran salvaguardados de esas fluctuaciones, en particular en un momento en que éste iba subiendo. Ahora bien, la demandante que en un primer

momento había concertado un préstamo hipotecario con un tipo de interés variable, pasa en base a sucesivas modificaciones a un interés fijo (a menos que las sucesivas escrituras de modificación del préstamo estén equivocadas en este punto). En efecto en fecha dos de septiembre de 2.004, concierta préstamo con garantía hipotecaria por importe de cincuenta y cuatro mil euros de principal, a un interés inicial de 2'750% anual hasta el 4 de septiembre de 2.005, fecha a partir de la cual las liquidaciones se determinarán mediante la adición de un margen o diferencial 0'750 puntos porcentuales al tipo de interés referencial, siendo éste (apartado 3.2.1 de la escritura) "el tipo intercambiarlo a 1 año Euribor, publicado mensualmente en el BOE como índice o tipo referencial inicial, definido en el apartado 7 del Anexo VIII de la circular 8/1990 del Banco España introducido por la circular 7/1999 de 29 de junio". Recogiendo en la cláusula 3.3 que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable al contrato es 2'750%.

Ahora bien, éste contrato inicial se fue ampliando en sucesivas ocasiones, y así una primera modificación se recoge en la escritura de 25 de enero de 2.005, número de protocolo setenta y dos del Notario D. Manuel Rodríguez de la Paz Guijarro. En el marco de esa modificación, en la página 82 de estos autos se alude a modificación de un contrato de préstamo otorgado el 6 de junio de 2.004, bajo número 970 de "mi protocolo" (se está refiriendo al mismo Notario), cuando tanto por el número de protocolo, como por lo que luego se dice en la página 86 de los autos se observa claramente que se está refiriendo al préstamo de 2 de septiembre de 2.004). A continuación, al recoger el tipo de interés ordinario se dice que es el 7'125 por ciento y el de demora el 11'25%, menciones que no sabemos si obedecen a otros errores similares al precedente o si es que se modificó, lo que no ofrece duda es que esos tipos de interés se fueron arrastrando en las escrituras de modificación sucesivas. En consecuencia no parece lógico que si nos hallamos ante un interés fijo se pacte un contrato de permuta financiera de tipos de interés, en principio concebidos para contratos con tipo de interés variable.

**CUARTO.-** Como ya dijo esta Sala en su sentencia de 12 de noviembre de 2.010 y en la de febrero de 2.011, las omisiones en la información ofrecida por el Banco sobre aspectos principales del contrato, unida a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, hubo de producir en el cliente un conocimiento oscuro y confuso sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil. En definitiva se le ofertaba un producto financiero para proteger los costes ante posibles subidas de interés cuando lo que en realidad suscribía era un contrato de elevado riesgo, que podía comportar cuantiosas pérdidas. Según se desprende de la cláusula segunda del contrato el cálculo de las liquidaciones del contrato ofrece una gran complejidad y dificultad interpretativa, en particular para una persona que no es concedora del mercado bancario, a lo que ha de añadirse los términos oscuros en los que se redacta la cláusula de liquidación anticipada del

contrato a instancia del cliente y en la que nada se le advierte de las graves consecuencias económicas o el elevado coste que ello podía tener, provocando un claro desequilibrio entre la postura del cliente y la de la entidad crediticia.

Según la jurisprudencia, el error para ser invalidante ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de auto-responsabilidad y buena fe, este último consagrado en el artículo 7 del Código Civil. El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración (sentencias, entre otras de 4 de enero de 1982, 6 de febrero de 1998, 30 de septiembre de 1999, 26 de julio y 20 de diciembre e 2000, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005.)

En el caso de autos, y como ya expusimos anteriormente, la complejidad del producto financiero, la falta de información suficiente por parte de la entidad bancaria, incumpliendo los deberes que le incumben y que el demandante no tiene condición de experto financiero, revelan el carácter excusable del error sufrido por éste, valoración que no queda desvirtuado por el hecho de que la demandante desarrolle una actividad empresarial pues la realiza en un ámbito ajeno al bancario como es el diseño gráfico.

**QUINTO.-** Para concluir, el hecho de que la demandante no mostrara disconformidad cuando la liquidación le resulta favorable no es razón suficiente para desvirtuar el error sufrido ni operar efecto convalidatorio del contrato, pues aún no se percata de su mecánica operativa cuyo verdadero alcance sólo llega a comprender cuando el saldo es negativo, observando la clara desproporción existente entre uno y otro supuesto, más aún si se tiene en cuenta que sólo en ese momento conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de ese producto, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión.

Tampoco cabe aceptar que el error recaería sobre elementos accesorios del contrato, pues lo hacía directamente sobre el resultado económico que podía esperarse de él y sobre la posibilidad de apartarse del mismo según evolucionasen las circunstancias del mercado, lo que constituye uno de los aspectos principales de lo convenido en un contrato de cierta duración.

**SEXTO.-** La desestimación del recurso conlleva la condena en costas a la parte apelante, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 nº1 de la LEC, en relación con el artículo 394 nº1 LEC, sin que sea de aplicación el criterio excepcional



seguido en otras ocasiones al haber dictado esta Audiencia varias resoluciones en el mismo sentido.

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

**F A L L O**

**SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR BANCO POPULAR ESPAÑOL SA**, contra la sentencia de fecha treinta de diciembre de dos mil diez, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número once de Oviedo en el Juicio Ordinario 907/10. Se confirma la sentencia apelada, imponiendo a la parte recurrente las costas causadas en esta segunda instancia.

La presente resolución es firme al haberse dictado en un Juicio Ordinario del artículo 249 nº 2 de la LEC, y ser el interés económico debatido inferior a 150.000 euros.

En aplicación del punto noveno de la Disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, dese el destino legalmente previsto al depósito constituido para apelar.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.