

RECURSO DE APELACION (LECN) 327/11

7 OCT 2011

En OVIEDO, a tres de octubre 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 la siguiente:

SENTENCIA N° 322

En el Rollo de apelación núm. 327/11, dimanante de los autos de juicio civil ordinario, que con el número 243/10 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia de Cangas del Narcea, siendo apelante **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, demandado en primera instancia, representado por el Procurador DON SALVADOR SUAREZ SARO y asistido por el Letrado DON JUAN BARTHE MARCO; y como parte apelada **DON JULIO**, demandante en primera instancia, representado por el Procurador DON LUIS INDURAIN LOPEZ y asistido/a por el Letrado DON MARCELINO TAMARGO MENENDEZ; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. **Magistrado-Ponente Don Jaime Riaza García.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia de Cangas del Narcea, dictó sentencia en fecha 3 de marzo de 2011 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por Julio frente al "Banco Popular Español, SA". DECLARO la nulidad del contratos de permuta financiera de tipos de interés (RS) firmado entre las partes el día 06/02/07, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus intereses, CONDENANDO a la demandada a la anulación de los cargos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, con expresa imposición de las costas a la 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, con oposición al mismo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 27 de septiembre de 2011.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta al amparo de los artículos 1265, 1266 y 1.301 del Cc. declarando la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) concertado el 6 de

febrero de 2.007 entre los litigantes por vicio invalidante del consentimiento al reputar que el Banco, que había sido promotor de la operación y quien redactó unilateralmente sus condiciones, no había proporcionado a su cliente información suficientemente precisa y clara sobre los términos del contrato.

Interpone recurso el Banco denunciando que en primer término la sentencia era incongruente pues, aceptando que el cliente no había podido confundir la permuta financiera con un contrato de seguro, había estimado una demanda que hacía de dicho error su causa de pedir; en segundo lugar partía de la premisa no demostrada de que el cliente carecía de especiales conocimientos financieros y no había recibido información adecuada y suficiente sobre el producto cuando, a su entender, la permuta financiera se caracterizaba por su enorme simplicidad y por tanto no era posible sostener que quien podía comprender perfectamente los mecanismos de un contrato de hipoteca a interés variable no pudiera en cambio discernir las consecuencias que la fluctuación de intereses podría tener en aquel negocio, amen de que el hipotético error nunca sería disculpable a la luz de los requisitos con que la jurisprudencia ha ido perfilando el artículo 1.266 del Cc.; asimismo adujo que la sentencia erraba en la calificación del contrato pues este no era un producto especulativo ni de inversión, antes bien se trataba de una operación financiera en la que el cliente y Banco tenían intereses contrapuestos, de modo que no cabía acudir a la disciplina del Mercado de Valores y Empresas de Inversión para determinar la información que debía facilitarse a aquel; y finalmente expuso que su finalidad era la estabilización de los costes financieros, guardaba justo equilibrio entre las prestaciones a que obligaba a ambas partes, habiendo descartado el Banco de España que la

indeterminación del coste de cancelación pudiera ser una mala práctica bancaria.

SEGUNDO.- Ciertamente la congruencia es requisito ineludible de la función judicial (SSTC 116/1986, de 8 de octubre; 13/1987, de 5 de febrero; 55/1987, de 13 de mayo; 264/1988, de 22 de diciembre, etc.), forma parte de la tutela judicial efectiva que se proclama en el artículo 24 de la Constitución (SSTC 54/1985, de 18 de abril; 242/1988, de 19 de diciembre, etc) y consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al juez, incluida la razón de ser de esa petición, aunque por el contrario no implica un "paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes", sino que el Juez decida todas las cuestiones controvertidas, explícitamente o implícitamente, siempre que en ambos casos la respuesta judicial sea nítida y categórica (SSTC 67/1993, de 1 de marzo; 171/03, de 27 de mayo, etc. y de esta Sala de 6 y 23 de octubre de 1986, 24 de julio de 1989, entre tantas otras), pues, en definitiva, la congruencia se refiere a la adecuación entre el petitum de la demanda y el fallo, pero no es extensible a una necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el órgano judicial (STC 48/1989, de 21 de febrero; 118/1989, de 3 de julio, etc, y de esta Sala de 31 de enero de 1986, 12 de marzo de 1990, 4 de enero de 1989, 8 de mayo de 1990, 30 de abril y 13 de julio de 1991, etc.).

En el caso enjuiciado la sentencia de instancia se acomoda a la causa de pedir, que no es otra que el error excusable como vicio del consentimiento prestado al contratar, sin que deba atribuirse a la terminología empleada en la demanda

cuando habla que se mencionó al cliente la posibilidad de concertar un contrato de seguro un sentido estrictamente técnico pues no hay seguro sin prima; es decir la referencia que la demanda hace al tipo contractual del seguro es meramente indicativa de la finalidad buscada por el cliente de cubrir el riesgo que podía suponer un incremento importante del tipo de interés de referencia, de modo que podemos descartar el vicio de incongruencia y examinaremos a continuación el acierto o error del Juez sobre las bases fácticas y jurídicas en que asienta la conclusión de que en el caso de autos concurrió error excusable en el cliente.

TERCERO.- En este orden de cosas es evidente que el apelado es un particular, no un minorista, ni menos aún un profesional de la inversión, razón por la cual podemos afirmar con la mayor contundencia que las características especulativas del producto maximizaba el deber de información exigible al Banco, sin que los Tribunales puedan verse vinculados por las apreciaciones que sobre ese particular hayan podido hacer otros organismos, máxime cuando el comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España a que se refiere el recurso tenía por objetivo el simple deslinde de sus respectivas competencias y además, en lo que ahora nos interesa, proclama de forma inequívoca que el contratante de dichos productos nunca puede ser tratado como profesional de la inversión.

En desarrollo de ese deber de información decíamos nosotros en las recientes sentencias de 4 y 11 de abril de 2.011 (Rollo 99/2011 y 118/2011) y reiteramos ahora que el Banco venía obligado a extremar el deber de lealtad y fidelidad para con el cliente facilitándole información adecuada y suficiente sobre las condiciones del propio contrato y del escenario en que previsiblemente se desenvolvería, como ya

tiene dicho la Sección 5ª en sus sentencias de fechas 27 de enero y 23 de julio de 2010, la Sección 4ª en la de 12 de noviembre del mismo año y la 7ª en las de 18 de junio, 10 y 16 de diciembre de 2010; así en la primera de dichas resoluciones se exponía 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 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".

Por ello en nuestra sentencia de 4 de abril de 2.011, hemos proclamado que, en cumplimiento de ese deber de fidelidad o lealtad, el Banco debía haber advertido al cliente del riesgo específico de este tipo de producto financiero en función a "la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial", y ello con fundamento en que, como decía la de 27 de enero de 2.010 de la Sección 5ª, "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.- Llegados a este punto, debe decirse que el contrato explica suficientemente la mecánica de funcionamiento de la permuta financiera, que ciertamente se reduce al recíproco intercambio del pago de cantidades resultantes de aplicar un Tipo Fijo y un tipo variable sobre un importe meramente nominal, y cabe suponer que así lo expuso el Director de la sucursal al cliente; sin embargo lo que sin duda no se avanzó a este último era la previsión que el Banco necesariamente tenía que disponer sobre el comportamiento a la baja del Euribor en el periodo inmediato; esas previsiones se confirmaron pocos meses después y comportaron para los clientes medios, no profesionales del sector ni concedores de una realidad tan compleja 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 venía obligada a facilitarle la entidad bancaria recurrente (sentencia de esta Sección de 4 de abril de 2.011, Rollo 99/11)

Es por ello imposible reputar debidamente cumplido ese deber de 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 último es así, 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).

Reiteraremos que dichos requisitos se dan en el supuesto revisado porque "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 mas 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.

Tales afirmaciones son nuevamente trasladables al supuesto revisado, incluida la referencia a la absoluta indeterminación contractual del coste de cancelación, porque las condiciones generales del contrato se limitan a reseñar que el cliente podrá desistir anticipadamente del contrato de permuta financiera de tipos de interés comunicándolo con quince días de antelación sobre la fecha en que pretenda dejar sin efecto el contrato, silenciando las bases conforme a las cuales debía calcularse el coste que para el Banco

tendría la cancelación anticipada, sin que ese vacío sea luego salvado por las condiciones particulares; por todo ello el Tribunal concluye que la sentencia impugnada ha aplicado certeramente la normativa sobre el error invalidante del consentimiento y desestima el recurso.

QUINTO.- Las costas, de conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C., se imponen al apelante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.

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

F A L L O

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Narcea en los autos de que este rollo dimana confirmamos dicha sentencia en todos sus términos declarando perdido el depósito, al que se dará el destino legal correspondiente, e imponiendo al apelante las costas de esta segunda instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que es firme porque contra ella no cabe nuevo recurso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/