

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 5
OVIEDO**

SENTENCIA: 00025/2010

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000508 /2009

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO
DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO
DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a veintisiete de Enero de dos mil diez.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 696/08, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **508/09**, entre partes, como apelante y demandante **CONCHA y ESTRADA, S.L.**, representada por el Procurador Don Luis Alberto Prado García y bajo la dirección del Letrado Don David Mayo Álvarez y como apelada y demandada **BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.**, representada por el Procurador Don Luis De Miguel Bueres y Fernández y bajo la dirección del Letrado Don Rafael Somoano Ojanguren.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha nueve de julio de dos mil nueve, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que DESESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Luis Alberto Prado García, en la representación que tiene encomendada, se absuelve a la entidad demandada de todos los pedimentos interesados en su contra.

Las costas procesales se imponen a la parte demandante."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Concha y Estrada, S.L., y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia

Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Estos son los antecedentes fácticos de interés: los días 20 y 27 de Febrero del año 2.004 CONCHA ESTRADA S.L., a través de su representante, y el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A., por medio del suyo, suscribieron sendos contratos de operaciones financieras nombrados de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable por un importe nominal, respectivamente, de 749.000 € y 1.803.000 € y fechas de vencimiento de 25 y 19 de Febrero del año 2.007, sin embargo, uno y otro fueron cancelados anticipadamente suscribiéndose otros dos el 8 de Marzo del año 2.005, también de permuta de interés pero esta vez con tipo creciente de interés en rango, con fecha de vencimiento, los dos, de 10 de Marzo del año 2.008, y por los mismos nominales que los referenciados suscritos en el año 2.004.

En uno y otro contratos se expone, con carácter introductorio, encabezando las estipulaciones, que fue el cliente el que se dirigió al Banco manifestando su voluntad de realizar la operación de acuerdo con determinadas características económicas y financieras decididas por él y en consecuencia a las cuales el Banco diseñó la operación que ahora se somete a su firma y en la estipulación cuarta se dice: "**Riesgos.-** Cada parte manifiesta en este acto a la otra que al día de la fecha existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y de hecho se han entendido, los términos, condiciones y riesgos de esta Operación, contenidos tanto en este contrato como en su Anexo, y voluntariamente se aceptan dichos términos y condiciones y se asumen los riesgos inherentes, ya sean de índole financiera o de otro tipo.

De manera específica, el Cliente manifiesta expresamente que la operación a que se refiere este contrato se adecua fiel e íntegramente a su experiencia inversora y financiera, habiendo decidido el Cliente de forma libre e independiente formalizar esta operación, y declarando no haber basado su decisión en ninguna comunicación verbal o escrita por parte del Banco que signifique una

recomendación o asesoramiento financiero o de inversión respecto a esta transacción.”.

Uno y otro contrato, también, se estructuran en dos partes, una que se presenta como principal (pero que no lo es) y un Anexo, al que se remite e incorpora, que contiene las verdaderas condiciones esenciales del contrato en cuanto que fija los tipos de intereses permutables y, por tanto, concreta la obligación principal de cada contratante, mientras que la parte del documento contractual que se presenta como principal contiene estipulaciones genéricas aplicables a todo tipo de contrato de permuta financiera e incluso trasladable a otras posibles operaciones financieras distintas.

A su vez, el Anexo (que como hemos advertido concreta los tipos de interés permutables y las reglas y períodos de cálculo) contiene, in fine, diversas advertencias sobre el posible resultado negativo que para el cliente pueden derivarse de la suscripción del contrato de acuerdo con la fluctuación de los tipos de interés y el componente aleatorio indisolublemente unido a este tipo de contratos.

Pues bien, en el cómputo global, de acuerdo con los intereses de permuta pactados, resultó favorecida la entidad bancaria frente al cliente al producirse a partir del año 2.006 una subida generalizada de los tipos de interés y es en atención a este hecho que el actor demanda a la entidad bancaria reprochándole defectuoso cumplimiento de su deber de información frente al cliente (el actor), falta de claridad del clausulado del contrato utilizando términos inadecuados, poco precisos y claros que, al fin, determinaron el error del accionante al consentir, interesando de los Tribunales la declaración de haber incurrido la demandada en incumplimiento de los buenos usos y prácticas bancarias y la consecuente indemnización de los perjuicios irrogados a la parte con este su proceder que identifica con sendos cargos en su cuenta por nominales de 9.303,68 € y 22.394,46 € así como también la declaración de nulidad de los tan referidos contratos por error en el consentimiento reiterando, en conjunción con tal declaración, la antedicha responsabilidad y condena a devolver las referidas cantidades e intereses.

La entidad financiera se defendió negando que se hubiera producido error alguno en el consentimiento emitido por la contraparte trayendo en su apoyo la citada estipulación cuarta de los contratos y los avisos contenidos, in fine, en el Anexo, a los que también nos hemos referido; la ausencia de complejidad de la operación financiera concertada y su componente aleatorio así como el aquietamiento del adverso con el desarrollo del contrato en tanto los resultados financieros le fueron favorables y su denuncia cuando el resultado devino adverso, invocando en su apoyo el principio de actos propios.

El Tribunal de la Instancia rechazó la demanda y frente a ella se alza el actor quien, en sustancia, reitera

los argumentos de la instancia trayendo en su apoyo las consideraciones contenidas en la sentencia de la A.P. de Jaén Sec. 3ª de 27-3-2.009 cuyo supuesto reputa idéntico al de autos e insistiendo en sus pretensiones.

Además, denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 271 L.E.C., interesando la nulidad de lo actuado y la reposición de los autos al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia y, en todo caso, de no estimarse la demanda, que no se impongan a la parte las costas de la instancia.

El recurso se estima en parte por lo que sigue.

SEGUNDO.- La alegada infracción procesal por indefensión y pretendida nulidad de lo actuado y su reposición se funda en infracción del art. 271.2 de la L.E.C. y la solicitud de la parte de la incorporación al proceso, antes de dictar sentencia y con suspensión del término al efecto, de una resolución del Banco de España de la que la parte habría tenido conocimiento el 8 de Julio del año 2.009, sobre un caso, se dice, exactamente igual al que nos ocupa de intercambio de tipos de interés en la que se reprocharía a la entidad bancaria una actuación incorrecta por defectuosa información en el clausulado contractual sobre el procedimiento y el coste de cancelación anticipado.

Dicha pretensión tuvo entrada en el Tribunal de los autos el 10.7.2.009 habiéndose dictado la sentencia objeto del recurso el día anterior por lo que, por proveído de 13-7-2.009 se rechazó lo solicitado.

Esto así, la pretensión de nulidad es del todo inatendible pues no es ya que la regulación del recurso de apelación fundado en motivos de infracción procesal esté regida por el principio de conservación de los actos (art. 465.2 y 3 en relación con el art. 459 de la L.E.C.) cupiendo la posibilidad de incorporación de la prueba de hechos relevantes ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la instancia en la alzada mediante la oportuna petición de prueba (art. 460.2.3 y 272.3 L.E.C.), lo que por la parte no se interesa, sino que, sobre todo, ninguna infracción del invocado art. 271.2 de la L.E.C. se advierte desde el momento en que la solicitud de incorporación de la resolución administrativa se produce después de recaída sentencia en la instancia careciendo, entonces, el Tribunal de capacidad para retroceder en lo actuado, tal y como así dispone el art. 272 de la L.E.C.

Item más y a los puros efectos dialécticos, en modo alguno pudiera ser que lo resuelto por el Banco de España, en su labor de vigilancia de las buenas prácticas bancarias, pudiera ser "condicionante o decisivo" de lo que aquí nos ocupa en cuanto el objeto del litigio se desenvuelve en el ámbito del Derecho Privado y las obligaciones asumidas por cada contratante sin perjuicio, como se verá, de la relevancia que pudiera otorgarse en el

plano de las relaciones jurídico privadas a la normativa relativa a la actuación exigible a los operadores en el mercado financiero y de inversión y porque, como se colige del escrito de petición, ni siquiera se refiere al concreto contrato suscrito por las partes.

TERCERO.- Rechazado, pues, el óbice procesal y volviendo al fondo conviene empezar por puntualizar diversos extremos afectantes tanto a los hechos como a la clase del contrato suscrito entre partes y estos son, empezando por lo primero, que la realidad es bien distinta de la que resulta de los términos de los sendos contratos y a la que se aferra el demandado para defender su posición.

Como ya se ha expuesto, los sendos contratos se encabezan con un exponendo del que resultaría que la operación financiera suscrita fue a iniciativa del cliente bancario e ideada y concebida por él, limitándose la entidad bancaria a seguir sus indicaciones, dándole forma, y que la tan citada cláusula cuarta vendría a confirmar al establecer la capacidad de evaluar y entender del cliente contratante de los riesgos de la operación, la iniciativa a su cargo de su formalización, sin la intervención del Banco asesorando o recomendando, su adecuación a su conocimiento y experiencia inversora.

Nada más lejos de la realidad, las declaraciones del legal representante de la actora y de los testigos, su hija Doña Emilia Concha Estrada y Don Manuel Valdés Martínez, (singularmente de éste último, director de la oficina bancaria donde se formalizó la contratación) arrojan otro resultado cual es que fue la entidad bancaria la que, a través de su director de sucursal (el Señor Valdés), tomó la iniciativa de revisar los contratos suscritos en el año 2.004 y proponer su sustitución por los litigiosos. Así resulta de forma palmaria y evidente de las declaraciones del testigo Señor Valdés. Luego, no es cierto, como reza el exponendo de los sendos contratos y reafirma su estipulación cuarta, que la formalización de la operación fue iniciativa del cliente y no del Banco y menos que aquél diese concretas indicaciones al Banco sobre los elementos esenciales de su contenido (el establecido en sus respectivos Anexos). Antes al contrario, de las declaraciones del reputado testigo Señor Valdés transciende, sin sombra de duda, no sólo que al Banco correspondió la iniciativa de novar y sustituir unos contratos por otros antes de la conclusión del plazo pactado para los primeros limitándose el cliente a firmar, a su sugerencia, las respectivas órdenes de cancelación y vencimiento anticipado, sino que también fue la entidad bancaria la que confeccionó los contratos y sus condiciones sometiéndolos a la firma del cliente (después veremos en qué condiciones).

Otro extremo fáctico de previa y necesaria concreción es la razón y finalidad de los contratos de permuta de interés suscritos. Se enmarcan éstos dentro de la actividad

de hostelería desarrollada por el actor y, más en concreto, están en relación con las obligaciones asumidas por la parte para la financiación de la construcción de un establecimiento hotelero siendo la finalidad perseguida con los contratos de permuta "amortiguar", en expresión del legal representante del actor, los efectos financieros negativos que pudieran derivarse de una subida del tipo de interés, finalidad que, con sus declaraciones, confirmaron también los predichos testigos.

El otro aspecto de necesario abordaje previo es en cuanto a la naturaleza del contrato.

Nos hallamos ante el conocido en la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap).

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia 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 (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto 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 suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 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.

En el caso, en los contratos suscritos en el año 2.004 el cliente se obliga al pago (sobre el nominal nocional) de un tipo de interés fijo y creciente en los sucesivos periodos de cálculo con un límite referencial fijo por

periodo que, si es rebasado por otro variable (en este caso el euribor) determinará que el tipo aplicable al cliente sea éste y no el fijo mientras el Banco satisfará su prestación de acuerdo con el euribor.

En los segundos, los suscritos en el año 2.005, el tipo fijo que obliga al cliente también es creciente de acuerdo con los diversos y sucesivos periodos, pero cambia tanto la barrera a partir de la cual deja de aplicarse aquel tipo como el tipo de sustitución que, en tal caso, que pasa a ser uno fijo al 4,75 %.

CUARTO.- Entrando ya en el análisis de la demanda, se mezclan en ésta, tanto razones como pretensiones de lo más heterogéneo, no sin cierta imprecisión, al punto que dio pie a una controversia sobre la competencia objetiva del tribunal de la instancia, resuelta finalmente por el auto de 9-01-2.009 de la sección 1ª de esta Audiencia.

Como argumentos se trae a colación el carácter sorpresivo con que el demandado promovió la sustitución de unos contratos por otros resultando los segundos perjudiciales para el cliente; la denuncia de éste ante el Banco de España, la falta de la debida información; la imposición de sendos cargos en la cuenta del recurrente por 9.303,08 € y 22.394,46 € cuyo origen se dice ignorar como ignoradas también fueron sus peticiones de justificación hechas al demandado, el reproche insistente al adverso de que los contratos suscritos no concretan el coste para el supuesto de vencimiento anticipado y, ya en el plano de la fundamentación, tanto se invoca la L.G.D.C.U. como la L.C.G.C. sobre precisión y claridad de los contratos, como la de 24, 1.988 de julio reguladora del mercado de valores y el R.D. 629/1.993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios que desarrolla los artículos 44,78 y 86 de aquella otra como también se trae en apoyo la resolución de la C.M.V. que resolvió la queja del recurrente ante el Banco de España.

De otro lado y ya en el plano de las pretensiones sorprende un doble suplico, uno primero pretendiendo la declaración de que la demandada no respetó los buenos usos y prácticas bancarias al no informar al actor del procedimiento de contratación del producto así como del de cancelación de acuerdo con la dicha resolución de la C.M.V. y, como consecuencia de esa declaración, la indemnización por los cargos en cuenta de 9.303, 08 y 22.394, 46 €, condenándola a su devolución y uno segundo en el que se pide la nulidad de los contratos por falta de claridad en el clausulado "produciendo error por falta de información suficiente... debiendo cesar en esta actividad... e indemnización de daños y perjuicios irrogados...", por estar relacionados, condenando a devolver "las tan dichas cantidades de 9.303,08 € y 22.394,46 €.

Por tanto y con ser tan poco preciso el escrito rector, conviene desbrozar tanto argumento y pedimento

distinto, rechazando, desde ahora, lo que no viene al caso, para mejor así centrar el verdadero objeto del debate que no es otro, como veremos, si concurre o no causa de nulidad del contrato por error propio en el actor al prestar su consentimiento.

Y así tenemos que, primero, carecen los tribunales civiles de competencia para declarar la conformidad o no de la conducta de la entidad bancaria con las buenas prácticas y usos bancarios tanto porque la vigente Ley Rituaria proscribía las sentencias meramente declarativas (art. 219.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil) como porque, en su caso, la supervisión e inspección de tal clase corresponde bien al Banco de España (art. 43 bis Ley 26/1.988 de 29 de julio D.I.E.C) bien a la Comisión del Mercado de Valores (art. 13 L.M.V. de 24 de julio de 1.988) otra cosa (y de ello nos ocuparemos más tarde) es si efectivamente la infracción de la normativa relativa al proceder de las entidades bancarias y financieras pudiera justificar el reproche a un actuar no conforme con aquellas e integrar el supuesto de hecho de las normas relativas al error invalidante esgrimido por el recurrente en su demanda.

Del mismo modo debe rechazarse desde ya la aplicación al caso de la L.G.D.C. habida cuenta de que el recurrente no ostenta la condición de consumidor como también la genérica invocación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1.998 de 13 de Abril) pues por el recurrente no se concreta en el escrito rector cuales de aquellas condiciones incurren en falta de claridad e imprecisión pareciéndonos, antes al contrario, que el examen del Anexo de los sendos contratos en el que se contienen las condiciones principales, en sustancia, no guarda especial complejidad, si atendemos a la mecánica propia, ya descrita, de contratos como el suscrito (en este sentido, también, SAP Madrid secc 13 9-3-2.009 y secc 9-10-7-2.009).

Debe dejarse también a un lado la continua referencia de la parte a la resolución de la C.M.V. y su insistencia sobre la falta de información del coste de cancelación ya que nada aportan al debate, lo primero porque no solo en nada afecta a esta jurisdicción sino porque además nada añade al limitarse a apreciar cierta irregularidad en la contratación que nada tiene que ver con la nulidad pretendida y lo mismo lo segundo pues la estimación de la pretensión de nulidad conllevaría la restitución de las cosas a su estado anterior (art. 1.303 Código Civil).

En orden a las pretensiones, además de lo dicho respecto de la declaración sobre los buenos usos y prácticas bancarias, confunde la acumulación de la acción de nulidad con la de indemnización, cuanto más el fundamento de esta segunda.

Confunde y sorprende su acumulación porque la nulidad, de ser declarada, conlleva la restitución de lo recibido por uno y otro de forma que no habría pie para una condena

indemnizatoria por incumpliendo dando lugar a la acumulación de una y otra acción, entendidas así como distintas pero dimanantes del mismo título, a un supuesto de acumulación incompatible (art. 71.2 y 3 Ley Enjuiciamiento Civil) no oportunamente resuelto en la instancia (art. 73.4 Ley Enjuiciamiento Civil).

Confunde que en el hecho 3 de la demanda se vinculen los sendos cargos de 9.303,08 y 22.394,46 € en que se concretan los daños, a los contratos cancelados y en el primer suplico al defecto de información para, luego, en el segundo conectarlos con la razón de nulidad ("e indemnización por los daños y perjuicios... por estar relacionados") pareciéndonos adecuado concluir que, de acuerdo con el antecedente fáctico reseñado (hecho 3 del escrito rector), la petición de daños no se conecta propiamente con la pretensión de declaración de nulidad sino con la falta de información sobre el origen de los cargos que, como del demandante percibe vinculados a los contratos cancelados, no daría lugar a la dicha incompatibilidad de la acumulación sin perjuicio en su rechazo desde ahora al venir dichos cargos explicados y documentados por la recurrida estando conectados con los negocios cuya declaración de nulidad se pretende y no con los cancelados.

Dicho todo lo cual, queda el debate centrado en la pretendida declaración de nulidad por error fundada, en sustancia, en la infracción por el recurrido del deber de lealtad y fidelidad al cliente y de proporcionarle adecuada y suficiente información (en este sentido dice el párrafo 4ª del Fundamento Jurídico de la demanda: "Extrapolando la Jurisprudencia anteriormente citada al caso que nos ocupa, podemos concluir que la entidad demandada ha obrado de forma negligente, por cuanto que la comercialización indiscriminada del producto frente a mis representados - con una mínima preparación financiera - con ausencia de información clara a dicho cliente en orden a la existencia de posibilidades de pérdida del capital, debiera advertir que se trataba de un producto no sólo de alta rentabilidad sino también de alto riesgo.") y a cuyo fin trae la parte a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén citada pero cuyo supuesto no es idéntico al de autos pues, si bien incide también en el deber de información, se da la particularidad de que en aquel caso un anexo importante del contrato no fue entregado ni puesto en conocimiento del cliente lo que no ocurre aquí en que todos los documentos que integran al contrato aparecen oportunamente suscritos por el actor.

QUINTO.- 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.

Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben de 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 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 haya 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 STS 20-1-2003).

SEXTO.- Como es que lo pretendido es la declaración de nulidad del negocio por error en el consentimiento por falta de la necesaria información, que el legal

representante de la actora, al declarar, acusó el error ante el desarrollo negativo para sus intereses del contrato litigioso y que eso mismo pone en evidencia el adverso en el sentido de que al evocado error sólo lo hace aflorar la parte ante ese resultado así como que, ya se ha dicho, tiene el contrato suscrito un considerable matiz aleatorio y hasta, pudiera decirse, especulativo que, antes de entrar al análisis del caso, debe abordarse este aspecto del contrato en orden a la causa del mismo y el error alegado y es que la consideración objetiva de la causa de los contratos ha llevado a rechazar su identificación con los motivos o previsiones de cada parte al contratar (SES 27-5-1982 RA 2605, 29-11-89 ra 7921, 4-12-97 ra 8727 Y 1-4-98 RA 1512) como también con el buen fin de la operación o lucro inicialmente proyectado y menos aún cuando la operación pueda calificarse de especulativa (STS 5-12-2006 RA 230/2007) ni por tanto, tampoco, en fin, pudiera alegarse error por frustración de las previsión o combinaciones negociales respecto de hechos ocurridos durante la fase de consumación del contrato (sts 17-10-1989 RA 6930)

Ahora bien, también ha matizado la doctrina jurisprudencial que los motivos integran la causa del contrato cuando son causalizados, es decir, cuando son asumidos por ambas partes (STS 21-3-2003 RA 2762); que "para entender el verdadero alcance o significado de la causa como razón de ser del contrato- y con una incesante polémica doctrinal respecto a su exacta configuración-, que no puede omitirse el peso que en toda esa configuración debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y que si ésta puede explicitarse, en el conjunto de las circunstancias que emergen de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta la misma para integrar aquel concepto, pues de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado; bien es cierto que con ello se margina la dualidad entre la causa como elemento objetivo trascendente con los móviles o motivos internos de cada interesado- es conocida esa diferencia de los motivos en que se determina por los móviles con trascendencia jurídica, que incorporados a la declaración de voluntad en forma de condición o modo forman parte de aquélla a manera de motivo esencial impulsivo o determinante"-; mas, se repite, según la información que late en ese principio jurisprudencial la conjunción entre ambos es posible sobre todo si al ser lícitos los móviles particulares que implícitamente explican el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado, coadyuvan el hallazgo de aquel designio de razonabilidad" (STS 29-11-1989 RA 7921).

En el caso, ya se ha expuesto, las declaraciones del director de la sucursal del demandado, donde se suscribió el contrato, revelan que la entidad bancaria no era ajena al propósito y finalidad que guiaba al actor al concertar los contratos litigiosos, antes por el contrario, de esas sus manifestaciones lo que se desprende es que la entidad

bancaria, a través de su empleado, toma la iniciativa de novar los contratos ante las fluctuaciones experimentadas por los tipos de interés y para conjurar unos efectos negativos excesivamente adversos (se entiende para el cliente), resultado que sí se venía consiguiendo con los contratos suscritos en el año 2.004 como así lo revela la escasa cuantía de las liquidaciones practicadas a su favor (hecho 1 de la contestación), sin por ello abandonar el Banco su propio interés, mediante el establecimiento de una barrera porcentual y de un tipo de referencia para su aplicación de forma que, en fin, el elemento aleatorio que pueda apreciarse en este tipo de contratos no debe, a nuestro juicio, oponerse como óbice a la apreciación del posible error como tampoco que su denuncia se produzca consumado el contrato pues es que la propia Ley fija el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad por error desde la consumación del contrato (art. 1.301 CC) de acuerdo con su naturaleza propiamente resolutoria (Art. 1.303 CC) y sobre que con tal proceder incide el actor y recurrente en infracción en el principio de actos propios, tal argumento debe de entenderse como alegación de la convalidación del negocio, en forma tácita, por actos del que tuviere derecho a ejercitar la acción de nulidad que impliquen necesariamente la voluntad de renunciarla (art. 1.311 CC) pues por algún sector doctrinal se ha identificado la manifestación tácita de renuncia como una del genérico principio que proscribire ir contra los propios actos.

Sin embargo, no se aprecia, a juicio de la Sala, la concurrencia de tal acto inequívoco y así es que, si entre los muchos posibles a los que se dota de tal carácter esta el cumplimiento voluntario de la prestación o el aprovechamiento de los efectos del negocio por quien pudiera ejercer la acción de nulidad, no se ha producido en el caso ni lo uno ni lo otro al tratarse de liquidaciones practicadas en la cuenta asociada a los contratos litigiosos con resultado negativo para el recurrente.

Aún más, si analizamos la relación de liquidaciones que al recurrido y demandado expone en el hecho sexto de su contestación, conocemos que no es hasta el 9-9-2006, correspondiente al 3º trimestre de la vigencia del contrato, cuando se produce la primera de aquellas con resultado tan gravoso para el actor como para suscitar en él la duda sobre el conocimiento cierto y suficiente del contrato y sus consecuencias y aún sucede, que muestra perplejidad y desacuerdo con tal liquidación requiriendo del adverso información bastante (documento nº 4 de la demanda).

A esta liquidación suceden otras dos semestrales también negativas y gravosas, y, luego, una última, que no lo es no pareciendo pueda entenderse la pasividad del actor como voluntad de convalidar el contrato; por el contrario, en octubre del año 2.006 remite misiva al Banco interesando el coste de su cancelación anticipada quien,

según recoge la resolución de C.M.V., le informa de que sería de 30.900 € (Dct. 3 de la demanda).

SÉPTIMO.- Todo lo cual dicho, es el momento de decidir sobre la concurrencia o no del error y la respuesta debe de ser positiva.

A la fuerza ha de reiterarse; el cliente del Banco es una entidad dedicada a la hostelería que buscaba con la contratación de las permutas de intereses protegerse frente a las fluctuaciones del mercado; el Banco tomó la iniciativa de la cancelación del contrato vigente y su sustitución por otros con distintas condiciones que él elaboró y decidió presentándolo a la firma del cliente asumiendo así cierto papel de gestión de los intereses del cliente (si nos atenemos a como el director de la sucursal explicó la razón de tomar la iniciativa de la revisión del contrato vigente) lo que lleva a volver la vista hacia los descritos deberes de diligencia y transparencia que la normativa del mercado de valores exige de quien actúa en él a la par que colocaba al Banco en cierta posición de preeminencia frente al cliente, carente de la estructura que posee la entidad bancaria para valorar la oportunidad del cambio.

De otro lado, 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 interesa 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).

Es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en el segundo semestre del año 2.006 el euríbor sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente si aquéllos se ponen en relación con los del desarrollo de la relación desde la primera contratación el año 2.004, pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias 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.

Se dan así y, por tanto, a juicio del Tribunal las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26-6-2000 (RA 9177): "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994 [RJ 1994, 1469], y 11 mayo 1998 [RJ 1998, 3711]). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. 4 enero 1982 [RJ 1982, 179] y 28 septiembre 1996 [RJ 1996, 6820]).".

En suma que se estima el recurso en parte, en cuanto a la declaración de nulidad de los negocios litigiosos con la

consecuente obligación restitutoria (art. 1.303 C.C.) que, de acuerdo con la mecánica propia del contrato podría resolverse, simplemente, mediante liquidación, estableciendo un saldo final a favor de uno u otro contratante, rechazando las demás pretensiones del actor.

OCTAVO.- En cuanto a las costas de la instancia no procede su imposición, no sólo por tratarse de una estimación parcial sino porque, en cualquier caso, no se abstrae este Tribunal de las dudas de derecho que puede suscitar el alcance del deber precontractual de información por la entidad bancaria sobre el riesgo y la influencia que en el consentimiento prestado por el cliente pueda tener el componente aleatorio en este tipo de contratos y así es que por alguno de nuestros Tribunales se ha rechazado el error en el consentimiento prestado en este tipo de contratos (S.A.P. Madrid Sección 13ª 9-3-2.009 y Sección 9ª 10-7-2.009).

La estimación parcial del recurso conlleva que no proceda expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Concha y Estrada. S.L. contra la sentencia dictada en fecha nueve de julio de dos mil nueve por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA**, y en su lugar dictamos otra por la que se estima parcialmente la demanda formulada por Concha y Estrada, S.L. y declaramos la nulidad de los sendos contratos de permuta financiera suscritos por las partes el 8-3-2.005 con sus consecuentes efectos restitutorios desestimándola en lo demás.

Sin que proceda expreso pronunciamiento respecto de las costas de la instancia ni de esta alzada.

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