

11/10/11

*Doña Florentina
González Rubin*

SENTENCIA: 00166/2011

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 0000110 /2011

Ilmos. Sres. Magistrados:

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

En OVIEDO, a veinte de Abril de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 221/10, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo, Rollo de Apelación nº 110/11, entre partes, como apelante y demandado **BANCO DE SABADELL, S.A.**, representado por la Procuradora Doña María García-Bernardo Albornoza y bajo la dirección del Letrado Don Miguel Pagés Tort, y como apelado y demandante **S.L.**, representada por la Procuradora Doña Florentina González Rubin y bajo la dirección del Letrado Don José-Antonio Ballesteros Garrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha siete de diciembre de dos mil diez, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo, en su integridad, la demanda interpuesta por " **S.L.**", contra **"BANCO SABADELL, S.A."**, y, en su virtud,

1). Declaro la nulidad del "contrato marco de operaciones financieras" y de la "confirmación de contratación", ambos de 14.10.08, en realidad swap o permuta financiera de tipos de interés, que vinculaba a ambas partes.

2). Declaro la obligación que tienen las litigantes de restituirse recíprocamente los pagos que cada una haya hecho a la otra en razón de dichas operaciones, condenando a "Banco de Sabadell" a abonar a " **S.L.** " la suma de **dieciocho mil quinientos treinta y tres con sesenta y seis euros (18.533,66 €)**, suma que devengará desde el día 17 de febrero de 2.010, fecha de presentación de la demanda, hasta hoy, el interés legal del dinero, y, desde hoy y hasta el completo pago, ese

mismo interés incrementado en dos puntos, debiendo cumplirse lo expresado en el fundamento jurídico tercero.

3). Impongo a la parte demandada las costas de este juicio".

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Banco de Sabadell, S.A., 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 LUÍS CASERO ALONSO.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El 14 de octubre del año 2.008 la entidad mercantil ..., S.L. suscribió con el Banco de Sabadell, dentro de un contrato marco de operaciones financieras, otro de permuta de interés decreciente con barrera desactivante y bonificación por nominal nominal de 1.000.000 € y por plazo de tres años.

Esto así, y según se sigue del escrito rector, la evolución del negocio con resultados altamente gravosos para el accionante le ha llevado a conocer del error en que estaba sumido al consentir, provocado por el actuar precontractual del otro contratante, solicitando la nulidad del negocio por error en el consentimiento.

El demandado se opuso aduciendo, en suma, que la información precontractual proporcionada al accionante fue precisa y suficiente, no dándose error alguno en el consentimiento al contratar.

El Tribunal de la instancia apreció complejidad en el negocio y oscuridad en sus cláusulas, tomó en consideración que en la fase precontractual fue el demandado quien llevó la iniciativa ofertando al adverso la suscripción del contrato, la consideración que tuvo aquél de éste como un contrato de "seguro" y sus particulares circunstancias y conocimientos y estimó la demanda.

El demandado no se conforma y recurre alegando, en primer lugar y como motivo procesal, incongruencia de la sentencia recurrida, falta de exhaustividad e infracción de los artículos 218, 399, 405, 428 y 422, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pasando, luego, en cuanto al fondo, a defender la validez del negocio a partir de la premisa de la suficiencia y corrección de la información precontractual prestada al recurrido y de un conocimiento suficiente y cabal de éste del negocio suscrito.

El recurso se desestima.

SEGUNDO.- Ya ha tenido este tribunal ocasión de afrontar tanto el peculiar tipo de negocio de que se trata en el litigio como de la problemática que suscita respecto del consentimiento prestado por el cliente bancario, haciendo especial énfasis en la fase precontractual y los deberes de información de la entidad bancaria frente a su cliente, viniendo al caso reproducir nuestras consideraciones al respecto dadas en la sentencia de 23-7-2.010 por su similitud con el caso de autos y porque, a lo largo de su desarrollo, se hace tratamiento y, por tanto, quedan contestados, cuantos argumentos defensivos de su recurso desarrolla el apelante.

La dicha resolución dice así: "La sentencia de esta Sala de 27-1-2010, recaída en el Rollo nº 508/09, contempla y resuelve un supuesto sino idéntico, en esencia, el mismo.

También allí se trataba del supuesto de una entidad bancaria que toma la iniciativa dirigiéndose a uno de sus clientes ofreciéndole un "producto" para "amortiguar" el coste financiero de otro contrato por la posible subida del tipo de interés variable en éste pactado y que, y como aquí, consistía en una permuta de intereses.

También allí, como aquí, el cliente fue informado de la mecánica del "producto" y el resultado también fue negativo para los intereses del cliente bancario, denunciando la eficacia del contrato por error en el consentimiento que atribuyó a la defectuosa e insuficiente información precontractual prestada por la entidad bancaria sobre el riesgo real de la operación y, en lo que interesa y al margen de las obvias pero intrascendentes diferencias fácticas entre uno y otro supuesto, la dicha resolución dice así: "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 (nocial) 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 nominal) 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 %.

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 4^a 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.

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).

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 aquella 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.

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 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 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 euribor 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 si 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."

Lo dicho bastaría para desestimar el recurso y lo acertado de la consideraciones de la sentencia recurrida, coincidentes en sustancia con las de la resolución de esta Sala y que, por tanto, hacemos propias, pero bueno será que al abrigo de la queja retórica del recurrente sobre hasta dónde debe de llegar su deber de información y su referencia a los test o exámenes de conveniencia dispuestos por la Ley que abundemos en otras consideraciones, siempre vinculadas a lo que nos ocupa, esto es, el deber de información y diligencia que compete a la entidad bancaria oferente del contrato de permuta.

Y lo primero es puntualizar que el hecho de que el dicho contrato se haya suscrito dentro de otro (el contrato marco de

operaciones financieras C.M.O.F.) no cambia nada las cosas, pues dicho contrato marco no es sino un modelo de contratación creado por las entidades bancarias, autorizado por el art. 47 RD 216/2008, de 15 de febrero, para reducción del riesgo que, de acuerdo con la propia descripción de su redactor (la Asociación Española de Banca y de Cajas de Ahorro), se caracteriza por ser un acuerdo para compensación única de todas las operaciones suscritas con el cliente en caso de vencimiento anticipado, resultando un saldo único que abarca todas las operaciones y que se calcula conforme a sus pactos.

Y lo siguiente es enfatizar, de nuevo, la preocupación de la normativa sectorial por la protección del cliente inversor que se refleja en las normas de conducta que recoge la L.M.V. y que tiene relación con los alegatos relativos a la calificación del producto y del cliente, la intervención del recurrente como asesor o mero ejecutor y la renuncia de los demandados a los test de idoneidad o a sus resultados; y así tenemos que el art. 78 bis de la L.M.V. distingue dos clases de clientes, prestándoles distinta protección: de un lado, el cliente profesional, de otro el minorista, y dentro del primer grupo se comprenden tanto los que se entiende lo son por naturaleza o carácter como el que lo solicite así renunciando a su condición de minorista, pero aún en este caso dicha renuncia no libera al prestatario del servicio de inversión sino que queda condicionada su eficacia y validez a que efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con el servicio solicitado asegurándose de que puede tomar sus propias decisiones y comprende sus riesgos, sujetándose esa evaluación a la concurrencia de factores tan significativos como rigurosos como son que el cliente haya realizado operaciones de volumen relevante en el mercado de valores; que el valor efectivo o depositado sea superior a 500.000 € o que ocupe o haya ocupado, al menos durante un año, un cargo en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

De otro lado, siguiendo con el tratamiento del cliente minorista, el art. 79 bis L.M.V. dispone que cuando se preste servicio de asesoramiento la entidad habrá de preocuparse de obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito correspondiente al tipo de producto o servicio de que se trate y sus objetivos de inversión, con la finalidad de que pueda recomendarle lo que mejor y más le convenga y si lo que presta es un servicio de ejecución o de recepción y transmisión de órdenes queda liberada de seguir el antecitado proceder siempre que, entre otras condiciones, (ordinal 8), no se trate de un producto complejo.

Pues bien, como es que en las cartas de confirmación del contrato de permuta (es decir, los tres contratos litigiosos) se deja constancia del carácter minorista del cliente y de la calificación de producto como complejo, no habiéndose practicado el test de conveniencia ni idoneidad ni al Señor Lorigo ni a la entidad mercantil actora, haciéndose constar en el caso de esta última que el servicio prestado es sólo de ejecución cuando eso no es así, ni se compadece con la realidad que no es otra que fue la recurrente quien se entrevistó con la mercantil para exponerle y asesorarle sobre la conveniencia del producto, inclinando, de esta manera, su voluntad hacia la contratación y aunque, efectivamente, los actores tanto suscribieron manifestaciones de voluntad



obviando su perfil de inidoneidad frente al riesgo del producto (el Señor) como al test de conveniencia (los otros dos demandantes) diciendo actuar por iniciativa propia en la contratación, no se puede ignorar la nula eficacia exoneradora de tales declaraciones si se pondera que lo debatido y declarado es el error en el consentimiento prestado por los accionantes y que dichas declaraciones se producen después de informados sobre el producto bancario, es decir, ya formada su voluntad en razón a la información recibida y cuya insuficiencia sustenta la declaración de error.

Y, continuando con el análisis de las cartas de confirmación, su calificación por el recurrente como operación compleja no podrá ser que se atribuya a su operativa o mecánica, pues resulta ésta simple y asequible para cualquiera recordando a las cuentas mercantiles, sino que habrá de ubicarse esa complejidad en el propio riesgo del contrato cuya evolución, obviamente, requiere de unos contactos previos con el mercado financiero o de unos conocimientos sobre su comportamiento (en lo que pudiera afectar al juego de la mecánica de la permuta de intereses) que, efectivamente, permitan decidir sobre su contratación con suficiente conocimiento de causa, conocimiento que, por el contrario, si ha de presumirse en la entidad bancaria en cuanto que oferente del "producto" y que, como explicó el testigo Señor

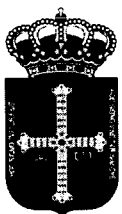
, empleado de la entidad recurrente, ésta no asume directamente el riesgo de la permuta, sino que tiene y encuentra dentro del mercado de derivados y opciones otro contratante que lo hace al suscribir con él un contrato espejo y de donde resulta una evidente posición asimétrica entre el cliente bancario y la entidad bancaria en cuanto al conocimiento más adecuado del alcance y significado del riesgo insito en la operación de permuta, que no puede entenderse suficientemente satisfecho por la segunda mediante la sola explicación de la mecánica del "producto", cuanto más si se pondera que se publicita o presenta frente al cliente como "una cobertura" frente a la subida de los tipos de interés.

Y sobre que los actores sólo cuestionan la eficacia del contrato a partir del momento en que los saldos son negativos para ellos ello es lógico, porque sólo entonces pueden alcanzar a percibir su error, disponiendo, además, en el art. 1.301 del CC que la acción de nulidad durará cuatro años que, en caso de error, se computará desde la consumación del contrato.

En suma, se desestima el recurso".

TERCERO.- Concretado así el criterio del tribunal sobre el supuesto litigioso de autos, resta tan sólo desarrollar una breve argumentación respecto de extremos del recurso a los que no alcanzan las anteriores consideraciones, así como añadir nuevas apreciaciones que el caso sugiere reforzando aún más la convicción del tribunal sobre la concurrencia del error.

En cuanto a lo primero, obviamente, nos referimos al alegato del recurrente de incongruencia e infracción de su derecho a la tutela efectiva. Lo funda la parte en que el Fundamento 1.1º comienza exponiendo que la actora suscribió el contrato en la creencia equivocada de que estaba firmando un "seguro" y que en la demanda para nada se hace referencia a un contrato de seguro.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

No hay tal incongruencia. El recurrente saca de contexto las consideraciones del Tribunal de la instancia que se refiere a ese tipo de contrato recogiendo las declaraciones de la testigo Sra. , apoderada de la recurrida y suscriptora del contrato (F.J. 2), y usando del término en forma laxa y no rigurosa y técnica.

Antes al contrario, el escrito de demanda comienza exponiendo como la iniciativa de la suscripción del contrato la tuvo la entidad recurrente y como ésta lo presentó al contratante como un medio de protegerle frente a la tendencia alcista de la fluctuación del tipo de interés, analizando, acto seguido, el folleto explicativo del producto entregado a la parte recurrida en el que con reiteración se hace referencia a su finalidad de cobertura, de forma que lo que, al fin, quiere poner en evidencia la dicha demanda es que, en la fase precontractual, el contrato fue presentado como un instrumento de cobertura de los costes financieros sin explicar debida y suficientemente los riesgos aparejados a una evolución del mercado hacia un tipo bajista con resultado gravoso para el cliente bancario.

Dicho de otro modo, la sentencia recurrida, al contrario de cómo dice el recurrente, es plenamente congruente con el debate en la forma en que fue planteado por el actor en su escrito rector y correctamente tuvo en cuenta las circunstancias fácticas y personales efectivamente concurrentes en la fase precontractual y que la prueba dio a conocer para declarar la nulidad del negocio.

CUARTO.- Al hilo de lo dicho, sobre la forma de presentación del producto bancario y las precisiones necesitadas de añadir al caso concreto, el ejemplar informativo entregado al accionante en la fase precontractual enfatiza la función de "cobertura" del producto y de esta manera atrae la atención del cliente bancario. Este término es asiduamente utilizado en el folleto explicativo que, sin embargo, tiene como presente un mercado con un interés variable al alza pero no, por el contrario, desarrolla suficientemente los riesgos asociados a un mercado bajista.

Porque, veamos, efectivamente, al pactarse a cargo del cliente un interés fijo de crecimiento de más de 4 puntos porcentuales, en todo caso, con una barrera desactivante (un tipo superior), supuesto en el cual el cliente satisfaría el interés del euríbor con bonificación, el cliente resulta amparado por el producto en el supuesto de un mercado alcista, pero en absoluto ocurre lo mismo si el mercado es bajista, pues en tal caso no se prevé una barrera igualmente desactivante para el interés fijo.

Aún así, defendió el recurrente que en este segundo supuesto, de un mercado bajista, los efectos negativos se verían compensados con los positivos que resultarían de la contratación financiera preexistente al producto y que éste estaba llamado a cubrir, pues para que esto fuese cierto y así habría de irse más allá de la referida alegación genérica y descender a un estudio concreto de los costes financieros del cliente que, precisamente, demostrase la conveniencia del producto.

Y lo uno lleva a lo otro, porque si es que se oferta el producto como idóneo para la cobertura de los costes financieros lo cabal es un estudio de éstos por el ofertante y

la adecuación del producto conforme a tales concretas condicionantes.

Dicho de otro modo, en este caso como en otros observamos que en la fase precontractual se oferta el producto como un medio de regularización y control de los costes financieros, pero lo cierto es que el estudio de conveniencia no se demuestra llegó a alcanzar tan capital aspecto, de forma que la información precontractual sobre la verdadera utilidad del producto para el cliente se aleja de la realidad atinente al mismo, propiciando el error del contratante.

Como se recoge en la resolución recurrida, el deber del recurrente alcanza, al ofertar el producto a evaluar con criterio objetivo y serio, la acomodación real del mismo a los objetivos del inversor y esto, obviamente, pasa por un conocimiento de sus costes financieros si es que éstos son los que se informa va a controlar el producto.

QUINTO.- Se imponen al recurrente las costas de esta alzada.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Sabadell, S.A. contra la sentencia dictada en fecha siete de diciembre de dos mil diez por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

Se imponen a la parte apelante las costas causadas en la presente alzada.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o infracción procesal, en su caso.

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



NOTA.- Se hace saber a las partes que en caso de preparar recurso de casación o extraordinario por infracción procesal contra la resolución que se le notifica, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartados 1, 2, 3 y 6 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, e Instrucción 8/2009 del Secretario General de la Administración de Justicia, **es necesario la constitución de un depósito, acreditado documentalmente, por las cuantías e identificados con los códigos siguientes:**

04.- Extraordinario por infracción procesal.- 50 euros

06.- Casación.- 50 euros

Dicho depósito se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, abierta en Banesto, cuenta expediente 3310000012011011, haciendo constar en el campo del documento "concepto" que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto del recurso de que se trate.

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

LA SECRETARIO DE SALA

