

Roj: SAP Z 473/2011
Id Cendoj: 50297370052011100093
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Zaragoza
Sección: 5
Nº de Recurso: 25/2011
Nº de Resolución: 154/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00154/2011

SENTENCIA Núm. 154/2011

Ilmos. Señores:

PRESIDENTE:

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

MAGISTRADOS:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En Zaragoza, a cuatro de marzo de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey, y

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 2374/2009, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 25/2011, en los que aparece como parte apelante, BANCO DE VALENCIA SA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. OSCAR DAVID BERMUDEZ MELERO, asistido por el Letrado D. JUAN CARLOS AÑON CALVERO, y como parte apelada, Pascual , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. NATALIA CUCHI ALFARO, asistido por el Letrado D. MARIANO TAFALLA RADIGALES, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha veintitrés de septiembre de dos mil diez , cuyo FALLO es del tenor literal: "Que estimando la demanda interpuesta por D. Pascual debo declarar la nulidad del contrato de operaciones marco y confirmación de permitas financieras suscrita entre el demandante y la entidad BANCO DE VALENCIA, quedando vigente la relación entre el cliente y entidad **financiera** en cuanto a la hipoteca suscrita por ambas partes y con las condiciones en ella convenidas. No se hace expresa imposición de las costas del litigio".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal del demandado, se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos en esta Sección los autos y las grabaciones audiovisuales de los actos procesales de la audiencia previa y el acto del juicio y, una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE aceptan LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO de la Sentencia apelada, y

PRIMERO.- En una primera aproximación al tema, un contrato swap o de **permuta financiera** de tipos de interés cabe definirlo como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado. Es un contrato esencialmente aleatorio puesto que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, y por ello la nota de la aleatoriedad es característica propia de tal clase de contratos, por lo que, en el caso de que el tipo de interés de referencia suba, el vendedor que, en este caso es el Banco, debe abonar una cantidad al cliente y en el supuesto de que el tipo de interés baje, es el cliente quien tiene que pagar al Banco.

SEGUNDO.- El artículo 1266 del Código Civil exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la jurisprudencia viene señalando de forma constante reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (Sentencia del Tribunal Supremo 13-2-2007). El error es inexcusable cuando puso ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las de otro contratantes, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (Sentencia del Tribunal Supremo de 4-1-1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (Sentencias 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que negocia con un experto (Sentencia 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. El consentimiento no es sino el concurso entre la oferta y la aceptación de la cosa y la *causa del contrato* (art. 1262 CC) y sobre este particular, ha de citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-11-2005 , en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que algunos autores señalan, en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cuales quiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone.

TERCERO.- El artículo 48, 2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, dispone que "Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda: a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación..."

El artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecida 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 Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, concretó, aún mas, 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 dada 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 y que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma 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, experiencias **financiera** y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

CUARTO.- Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del contrato. En la fase precontractual, debe procurarse al contratante por la propia entidad, una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece. En la fase contractual, basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8, se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses.

Pero en algunas ocasiones la Ley concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3º Concepto general de consumidor y de usuario, contiene la definición de "consumidor" a los efectos de la Ley diciendo que "A los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar a quien es parte activa en el presente procedimiento a quien se le ofreció el contrato bancario discutido, diciéndose en el artículo 8 que son "Derechos básicos de los consumidores y usuarios: Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:... d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios...", añadiendo en el artículo 80 siguiente que "Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente. 1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento

contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas".

QUINTO.- Como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 : "En el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad. ... Los datos y consideraciones ya expuestos permiten concluir que la demandada actuó, al menos con "ligereza", esto es, sin el cuidado exigible al demandado comerciante, pues las noticias que circulaban en su entorno más directo, hacían presumible la existencia de un alto riesgo que impedía estimar la inversión de los pagarés como segura y fiable, lo que determina, de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 1.726 del Código civil* ; 255 del Código de comercio y normas señaladas por el *artículo 81 de la Ley de mercados de valores*, la responsabilidad civil de la demandada, por los daños y perjuicios causados...".

La Sentencia del mismo Alto Tribunal de 11 de julio de 1998 establece que "El título VII de la Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (*art. 79*), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el *artículo 255 del Código de Comercio* impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el *artículo 260* dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación;...".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de abril de 2006 -Referencia "El Derecho" 305.502-- razona que "... Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del *Artículo 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999* del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad **financiera** y preferencia de riesgo-, sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de "preferencia de riesgo" cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio...".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 27 de marzo de 2009 -"El Derecho" 82.602-argumentaba que: "La parte actora alega el error en el consentimiento, como causa para solicitar la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada el 18 de mayo de 2004. El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado, y la escasa formación del personal encargado de dicha comercialización. Así como por la propia redacción del contrato, que vulnera de manera flagrante la Ley General de Consumidores y Usuarios, no ajustándose el producto contratado al perfil del actor".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de abril de 2009 -"El Derecho" 63.175-prescribió que: "las cláusulas del contrato en este caso se apartan de la voluntad de quien las firmó que creyó estar aceptando un contrato de seguro de divisas, así se lo habían explicado en el banco, y es que la literalidad del documento no es suficiente para alcanzar el verdadero significado del contrato, sus cláusulas son oscuras, de su contenido no podemos deducir como se realizaba el cambio de divisas ni la liquidación al expirar el término. El *art. 1.288 Código Civil* establece la regla "contra proferentem", según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no deben favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; A la inversa, si favorecerá a la parte que no lo haya redactado; aplicado a los contratos de adhesión resulta que la cláusula oscura o contradictoria se interpretará a favor del adherente, lo cual ya había sido proclamado en la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1.984* y ha sido posteriormente repetido por la *Ley 7/98 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación* . Las cláusulas del contrato son oscuras pero es que, además, el banco no

ofreció al cliente toda la información necesaria para la comprensión del contrato, el tipo de cambio que se le iba a aplicar, la forma de liquidación al final de su término, ni los perjuicios y problemas que podrían originarse caso que el dólar bajase su cotización como fue el caso. La falta de información sobre la esencia del contrato y sus cláusulas, y sobre los posibles perjuicios que podían surgir, es suficiente para concluir que D. Romulo expresó su consentimiento por error, D. Juan Ramón no le explicó toda la verdad, solo le habló de ventajas, no valoró los daños que el contrato podía irrogar, las cláusulas del contrato resultan incomprensibles literalmente, ni siquiera el director de la sucursal pudo explicarlas en un lenguaje mas común y comprensible para el cliente, quizá, como dijo en el acto de juicio Sr. Juan Ramón , él tampoco las comprendía".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de abril de 2010 -"El Derecho" 76.559-dijo que: "Dichos contratos de swaps o permutas financieras han sido considerados por los expertos como contratos o productos complejos. Asimismo, a tenor del contenido del *art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores* , resulta indudable el carácter de cliente minorista que cabe atribuir a las entidades demandantes, y, en consonancia con dicha consideración, habrá de reconocérsele la mayor protección que expresamente establece dicha ley. Así, la entidad bancaria que preste servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y de conveniencia (*arts. 72 y 73 del Real Decreto 217/2008*). Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros (*art. 79 bis 8 LMV*), aún cuando la iniciativa parta del cliente la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia. ... Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de **permuta** de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión".

SEXTO.- La resolución del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de junio de 2009 señala que: "Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros", "Entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación **financiera** de su cliente, a fin de que comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada y si le va a poner en una situación de riesgo no deseada", "...Se llega a considerar procedente que se incorpore, a modo de ejemplo, un cuadro que cuantifique el importe de cada liquidación en función de los distintos escenarios de tipos de interés".

SÉPTIMO.- En el caso que nos ocupa, los actores pretenden la nulidad de los contratos suscritos, ya que entienden que firmaron por error, ya que la Entidad que les ofreció el producto no les proporcionó una correcta información, estando en la creencia que el contrato les iba a proteger de eventuales subidas de interés que les estaba perjudicando. Es evidente que para impedir precisamente nulidades de contrato, es preciso que el Banco aperciba y advierta a la otra parte contratante, que tales desigualdades pueden producirse y hacerlo de una forma tan exhaustiva que impida a la parte contratar servicios que rápidamente le pueden producir unos perjuicios económicos persistentes, a través de un sistema de información imparcial, claro y no engañoso. En palabras de la Ley del Mercado de Valores de una forma "que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa".

En el contrato celebrado no se recoge una referencia concreta al conjunto de riesgos asumidos para

el caso concreto, y de su aumento o disminución según la evolución de tipos de interés, teniendo en cuenta que en el momento de elaboración y firma de los contratos que nos ocupa, empezaba a vislumbrarse por datos económicos de carácter general, (que sin duda, como antes se decía, el Banco como experto financiero puede interpretar de forma favorable para él mismo y sus clientes) una posible variación en la evolución de los tipos de interés, que hubiera llevado al Banco que siempre es conocedor de mas datos económicos que un cliente no experimentado en la materia de su posible evolución, o bien a no ofertar el producto de la forma en la que lo hizo o bien a hacerlo con una especial precaución y minuciosidad en la información. No se especifica nada de los riesgos concreto de la operación modalidad swap que se contrataba, ni de los riesgos concretos que una variación en los tipos de interés como la que se preveía podía producir, todo ello con el entendimiento de que la Entidad Bancaria no podía adivinar el curso exacto o tener total certeza sobre la variación de los tipos de interés, pero si contar desde luego con más datos que el cliente sobre este punto.

OCTAVO.- Así, pues, si no se facilitó a la demandante la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y si, no pudiendo presumirse que aquella tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía, de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable. No llenaba el producto, ofrecido por iniciativa del Director de la Sucursal del Banco demandado, las aspiraciones de la parte actora de conseguir una mayor estabilidad en la deuda, protegiéndose de las fluctuaciones de los intereses existentes, en un contrato de préstamo hipotecario, que propiamente no puede ser sustituido por un contrato de **permuta financiera** de tipo de interés, éste de carácter aleatorio y con una clara función especulativa, todo ello en una corta entrevista informativa de no más de media hora de duración, en un contrato de indudable complejidad técnica, en el que debe primar la defensa de los derechos de los consumidores, personas éstas profesionalmente ajenas al mundo de la economía **financiera** y mercado bursátil, con una terminología de no fácil comprensión, frente a cuyas previsiones ninguna eficacia debe desplegar la llamada *cláusula "De conocimiento de los riesgos de las operaciones" que aparecen en los contratos -Folios 63 y 82-*, que no cumplen las exigencias antes reseñadas exigidas por la Legislación y la Jurisprudencia, ratificándose por consiguiente la afirmación que se contiene en el hecho expositivo quinto de la demanda -folio 4 de las actuaciones- sobre que "Se ha llegado a firmar, y, por la falta de explicaciones correspondiente, un contrato que les perjudica, no se ajusta al objeto que pretendían y creían firmar, y con unas condiciones totalmente distintas a las explicadas", limitándose el empleado del Banco a transmitir las instrucciones que se le proporcionaban por el correspondiente departamento de la Central. Así, pues, habiendo concurrido un vicio invalidante, como es el error, en la prestación del consentimiento, en relación a la información -- precontractual y contractual- que debió proporcionarse al actor, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el *artículo 1303 del Código Civil*, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador.

NO VENO.- Desestimándose el recurso, sus costas son de imponer a la parte que lo ha interpuesto, conforme al *artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento*.

VISTOS los artículos citados y demás de procedente y general aplicación.

F A L L O

QUE, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Bermúdez Melero, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día veintitrés de septiembre de dos mil diez por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número TRES de ZARAGOZA, cuya parte dispositiva ya ha sido trascrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada.

Dese al depósito constituido el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

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