

Roj: SAP BA 584/2011
Id Cendoj: 06015370022011100169
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Badajoz
Sección: 2
Nº de Recurso: 96/2011
Nº de Resolución: 178/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FERNANDO PAUMARD COLLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BADAJOZ

SENTENCIA: 00178/2011

MAGISTRADOS ILMOS. SRES.

DON ISIDORO SANCHEZ UGENA

DON CARLOS CARAPETO Y MARQUEZ DE PRADO

DON FERNANDO PAUMARD COLLADO

En Badajoz, a 17 de mayo de 2011

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 002, de la Audiencia Provincial de BADAJOZ, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0710/2009 , procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de JEREZ DE LOS CABALLEROS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 96/2011, en los que aparece como parte apelante, SA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ANTONIO JUAN FERNANDEZ DE AREVALO ROMERO, asistido por el Letrado D. JUAN LUIS PICADO DOMINGUEZ, y como parte apelada, BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA BANESTO, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. HILARIO BUENO FELIPE, asistido por el Letrado D. FELIX PASTOR ALFONSO, siendo Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. D..FERNANDO PAUMARD COLLADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado de 1ª Instancia de Jerez de lo Caballeros, por el mismo se dictó sentencia con fecha 19/10/2010 , cuya parte dispositiva dice: **"Que desestimando íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Pérez-Montes Gil, en nombre y representación de la mercantil S.A., absuelvo a la entidad Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto), de todos los pedimentos formulados de contrario, con imposición de las costas de este procedimiento a la parte actora."**

Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en y cumplidos los trámites correspondientes, se remitió a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante -" S.A."- funda su recurso, primordialmente, en la denuncia de una valoración errónea de la prueba, en que, en su opinión, habría incurrido el Juzgador de instancia, que, según el recurrente, habría considerado que no es apreciable el vicio de consentimiento -consentimiento erróneo- en que se sustenta su pretensión de nulidad del negocio jurídico que la vincula con la Entidad bancaria demandada.

SEGUNDO.- La cuestión sustancial que se plantea en este procedimiento es, ciertamente, si el consentimiento prestado por el actor, en el contrato de **permuta** de tipos de interés (rectius, o la "orden de contratación, confirmación de producto derivado: **permuta financiera** de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable", de 11 de setiembre de 2006), fue o no prestado por error invalidante y excusable.

En este nuevo examen de las actuaciones que la Sala hace, es determinante, en primer lugar, aludir a la conocida y reiterada jurisprudencia sobre el error como vicio invalidante del consentimiento contractual.

Y así puede decirse (SS.T.S. 22/5/2006 ; 20/7/2006 ; 12/7/2002 ; 24/1/2003 ; 12/11/2004) que el *Art. 1.265 del C.C .* considera nulo el consentimiento prestado por error, que consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. Exigiendo, por su parte el *Art. 1.266 del mismo Código* , 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. Es cierto que dichos artículos no declaran la inexcusabilidad del error como requisito para que produzca efectos invalidantes -Se trata de un elemento que la jurisprudencia exige pese al silencio del CC., negándose al error eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser salvado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales, valorando las respectivas conductas conforme a la buena fe (*Art. 1.285 CC .*), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informa. Las particularidades del caso, en orden a la excusabilidad del error han de ponderarse desde el ángulo de bona fides y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico, teniendo en cuenta siempre que la necesidad de excusabilidad del error supuesta la existencia del mismo, tiene como finalidad primordial la protección del lógico y lícito interés negocial de la otra parte. En resumen, pues, cuando el error padecido fuese sustancial y excusable, debe anular el consentimiento prestado. El T.S. sienta como doctrina que para que el error pueda invalidar el contrato por defecto de consentimiento, es preciso que se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (S.T.S. 17/2/2005 ; 17/7/2006), que no sea imputable a quien lo padece y que sea excusable.

TERCERO.- En el caso examinado, el contrato litigioso, de **permuta financiera** de tipo de interés o contrato swap, puede definirse como un contrato en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nominal en una misma moneda; por tanto, es un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación, denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia (S.A.P. Burgos, Sección 3ª, de 3/12/2010). Como dice esta sentencia y otras, como la de la misma Audiencia, de 10/11/2010 y Ávila, 9/9/2010) estos contratos tienen un marcado carácter especulativo, de alto riesgo, porque no se conoce la evolución del mercado, revistiendo estas operaciones un carácter complejo.

Y esa complejidad se refleja en las propias estipulaciones de la "orden de contratación de producto derivado", de 11/9/2006, y muy concretamente en el "Aviso importante sobre el riesgo de la operación", donde se sugiere que lo más que podría pasarle al cliente es que tuviera un coste financiero superior comparado con la alternativa de no haber contratado la operación o con la alternativa de haber contratado una **permuta** de tipos de interés estándar, pero en ningún caso se le advierte de que, por la evolución de los tipos de interés, tuviera que pagar cantidades importante o desproporcionadas, especialmente para el caso de cancelación anticipada.

En verdad que hay una referencia a que la liquidación puede ser positiva o negativa, pero en base a unas condiciones de mercado no ejercitadas y en un contexto contractual, cuyas consecuencias

económicas no se comprenden por un cliente, consumidor normal o medio, incluso habituado a realizar operaciones financieras básicas, como hipotecas, y crediticias.

Pero es que para mayor ambigüedad, en el encabezamiento de la "Orden de Contratación" se expone que ese no es el contrato propiamente dicho, sino que la "Orden" sólo tiene por objeto documentar el compromiso de contratación que el Cliente está adquiriendo mediante su formalización. O sea, en puridad, estamos ante un "Pactum de contrahendo". Y a pesar de ello, el Banco se exonera de toda responsabilidad en la contratación que se pretende cuando, seguidamente, se expone "Aunque Banesto considera que podrá ejecutar la presente Orden de Contratación, ciertas condiciones de mercado podrían impedirlo por lo que Banesto no se compromete a asegurar su definitiva contratación y declina cualquier responsabilidad al respecto. Este documento no es el contrato definitivo de la operación ("Contrato") el cual será suscrito próximamente por el cliente y el Banco. En caso de discrepancia entre la presente Orden de Contratación y el Contrato prevalecerá este último"

La ambigüedad de que antes se habló vuelve a aparecer cuando se alude a "ciertas condiciones de mercado" sin mayor explicación; igualmente, es resaltable el patente e injusto desequilibrio en la prestaciones de ambos contratantes que se contiene en el párrafo transcrito; injusticia y desequilibrio de las prestaciones que se exponen razonablemente en el escrito de recurso y admite el propio Sr. Jose Miguel, lo que muestra bien a las claras que en la inmensa mayoría de las posibilidades la ganancias serian para el Banco y casi nunca para el cliente.

Por último, también debe reseñarse, para demostrar la mala fe de uno de los contratantes, en concreto del Banco, que no proporcionó nunca el Contrato al actor; contrato que no era otro que el "Contrato Marco de Operaciones Financieras", con sus respectivos anexos, elaborado por la Asociación Española de Banca Privada (AEB); donde se contienen las respectivas definiciones de la modalidad contractual de la **permuta** de tipos de interés, que hubiera servido para aclarar las indudables complejidades que reúne ese tipo de contrato.

CUARTO.- Esta forma de actuar de la Entidad bancaria, de no entregar el Contrato Marco al actor y de una deficiente información, proporcionada al apelante, por el director de la oficina bancaria, donde firmó la Orden de Contratación, Sucursal de Banesto, en Oliva de la Frontera, como después veremos, implica vulneración del *Art. 5.3 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo*, vigente a la fecha de la constitución de la relación negocial entre las partes, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, que obliga a proporcionar una información clara, correcta, precisa y suficiente, que haga especial hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, máxime en los productos financiero de alto riesgo y de gran complejidad como el presente, para que así el cliente pueda conocer con precisión los efectos de la operación que se le ofrece, pues no podemos olvidar que, en el caso que ahora se examina, estamos ante una contrato de adhesión, en que todas las cláusulas y estipulaciones aparecen redactadas y predeterminadas unilateralmente por la Entidad bancaria.

Esa misma obligación de transparencia, lealtad e información aparece ahora en el *Art. 64.1 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero* -no vigente, por tanto, en la fecha del 11/9/2006- que ha venido a derogar el *R.D. 629/1993* y que distingue, a los efectos de una más amplia o más restringida obligación de información, respectivamente, entre clientes minoristas -calificación que la apelada tiene reconocida expresamente a la Sociedad, hoy apelante, según documentación aportada por ésta junto con su recurso de apelación- y clientes profesionales.

Y, en fin, con esa forma de actuar del Banco y del director de la Oficina de Oliva de la Frontera, se está infringiendo el *Art. 19 del Real Decreto-Ley nº 2/2003, de 25 de abril*, sobre información a los clientes que tuvieran concertados préstamos hipotecarios a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de tipos; y el mismo debe de información completa, trasparente y leal se contempla en el *Art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplinas e Intervención de las Entidades de Crédito*.

QUINTO.- Pudiendo parecer sencilla, como parece querer decir la Sentencia hoy apelada, la mecánica **financiera** que supone el desarrollo contractual, de carácter aleatorio, lo que no es sencillo, inferir, sin embargo, son las consecuencias económicas, tan desproporcionadamente perjudiciales, en caso de bajadas bruscas de Euribor y más i a ello se une el ejercicio de la facultad de cancelar anticipadamente el contrato, lo que requiere una adecuada información de estos0 riesgos y consecuencias económicas, lo que no consta se hiciera de esa forma, lo que incumbía probar a la Entidad bancaria demandada, no ya sólo porque es algo que a ella corresponde efectuar, -al alegar que el cliente recibió un información suficiente y puntual,- siendo la parte que ofrece el producto, integrándose en esa oferta la información pertinente que

haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido para poder emitir un consentimiento formado correctamente, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria (Art. 217.7 LEC) del cumplimiento efectivo de una información adecuada, la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias, a cuyas condiciones el consumidor sólo puede adherirse al contenido contractual ofrecido (Arts. 79.1 a) c) y e) de la Ley 24/1988, Art. 5.3 ; Ley 47/2007, de 19 de diciembre , de modificación de la ley del Mercado de Valores, cuyo Art. 79 bis regula los deberes de información frente al cliente minorista, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero ofrecido, para que el cliente pueda tomar las decisiones correspondientes con conocimiento de causa y no verse sorprendido con situaciones, imprevistas para él y sobre los que no sido advertido; y Art. 64 del R.D. 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión).

Es defectuosa la información ofrecida por el Banco, porque no fue suficientemente claro en exponer que el contrato Swap arrojaría un resultado favorable al cliente cuando los costes financiero amentaran a causa de que los tipos de interés subían; y, a la inversa, si estos bajaban, se producían liquidaciones negativas, cuando los costes financiero se redujeran, al bajar los tipos de interés; pero ocultaba que, en aquellas fechas, de septiembre de 2006, los analistas financieros y los propios Bancos sabían que los tipos de interés estaban bajando, conocimientos financieros que no pueden exigirse a los clientes o inversores minoristas.

Naturalmente, el contrato de gestión de riesgos financieros cubre un riesgo a favor de la Empresa, cuando los tipos de interés suben. En este caso, la Empresa tiene que soportar el encarecimiento de su endeudamiento y por ello se suscribe el contrato, para que el banco cubra ese riesgo. Pero como contrapartida el cliente asume el riesgo de que si el Euribor baja, al ser su endeudamiento menos oneroso, se compromete a abonar al Banco unas cantidades, según los acuerdos pactados; o sea, que el Banco nunca pierde, pese a haberse previsto, en el préstamo hipotecario, un tipo de interés inferior, pero, claro, al bajar de forma importante el Euribor, ello perjudicaba a la empresa y beneficiaba al Banco, el cual al realizar las liquidaciones concurrentes, perfectamente conocidas por el Banco, por razón de su propio giro o tráfico , ya perjudicaban claramente al cliente y ello se le ocultó.

SEXTO.- A la vista de lo hasta ahora argumentado, *NO* ofrece duda el deber normativo de información que tiene la demandada, sobre un producto financiero que ofrece al cliente, con un contenido contractual puesto exclusivamente por ella, como la carga procesal de acreditar que cumplió de una forma efectiva y adecuada con esta obligación.

Pero ese resultado probatorio no se ha obtenido con la certeza legalmente exigible, pues basta para ello con examinar las manifestaciones del Director de la Sucursal de Oliva de la Frontera del Banco Español de Crédito, que fue la ofician que ofreció el producto al Cliente y donde se firmó la Orden de Contratación.

Y así, en efecto, durante la celebración del juicio el dicho Director de la sucursal bancaria dijo, al ser preguntado sobre la definición de un contrato de swap de tipos de interés, que "pues si le digo la verdad, los aspectos jurídicos y la explicación, quizás me equivoque, para que le voy a mentir. Son muchos intrínquilis"; al ser preguntado por la definición del importe nocional o nominal, manifiesta "lo desconozco, no sé a qué se refiere"; al ser preguntado para que explique los requisitos de un contrato de cobertura de tipos de interés, manifestó "No sé qué contestar a esa cuestión"; al ser preguntado que explique las características del producto ofertado al cliente actor, manifiesta "Hay muchos aspectos de la orden de contratación que desconocemos en las Sucursales"; tampoco supo contestar ni explicar lo que es un contrato marco de operaciones financieras; y, en fin, en un momento determinado, como máxima explicación, Don. Jose Miguel , que fue quien ofertó el producto al actor, señaló que "El producto está hecho para ganar dinero; ambas partes; el Banco ahí se lleva la parte más grande que la del cliente; de hecho los Bancos están para ganar dinero".

En otro momento determinado de su declaración, cuando el Letrado del actor le plantea un supuesto práctico para que explique cómo funcionaba el producto financiero, si, por ejemplo, el Euribor a 6 meses subía del 4%, no supo contestar correctamente, pues manifestó que, en tal caso, el cliente pagaba tipo fijo, cuando, según las propias estipulaciones de la "Orden de Contratación", en el primer semestre de liquidación, si el Euribor era superior al 4%, el cliente pagaría el Euribor a 6 meses, por tanto, un tipo variable, no un tipo fijo, como declaró el Sr. Jose Miguel .

En otros momentos, el Director de la Oficina de BANESTO, de Oliva de la Frontera, no supo exponer, a preguntas del Letrado de la actora, sobre qué extremos deben ser informados los clientes minoristas y los clientes profesionales de la Entidades bancarias; tampoco sabe exponer con claridad en qué consiste un contrato "SWAP", dijo sólo, genéricamente, que con él se trata de asegurar un tipo fijo; tampoco supo definir ni explicar qué es el "importe nocional"; tampoco supo explicar en que mercado se negocian los contrato de

"Swap"; reconoció expresamente que hay muchos aspectos del contrato de "Swap" que desconoce; no sabe explicar a que aspectos se refiere o que elementos integran el "Contrato Marco de Operaciones Financieras"; tampoco supo decir quién es el Agente Calculador en el contrato; declaró que no informó al cliente de que podía correr el riesgo de importantes pérdidas; el propio Sr. Jose Miguel reconoció que no sabe cómo se puede acceder al Telerate 248, ni tampoco cómo acceder a buscar la variación del Euribor de cada momento; ignora si la Orden de Contratación tenía o no prevista cancelación anticipada. Finalmente, tampoco supo explicar en cuáles supuesto el contrato sería beneficioso para el cliente; ni supo explicar con claridad qué sucedería si el Euribor subía del 4%.

Vemos, entonces, que la información proporcionada por Don. Jose Miguel no incidió en aspectos tan esenciales -al objeto de una correcta formación de la voluntad y el consentimiento contractual- como que el producto era inocuo en tramos altos del Euribor, es decir, que no existe propiamente cobertura ante el riesgo de la fluctuación de tipos de interés, que fue lo que movió al contratante; que, en determinados escenarios de evolución de índice de referencia, podría el cliente llegar a pagar fuerte sumas de dinero; que los costes de cancelación anticipada, para el caso de que el desarrollo de la vida del producto, fuera muy gravoso para el cliente, serían desproporcionados; no se contienen ni explican los parámetros y fórmulas en base a las que se calcularía el coste de la cancelación; tampoco se le planteó ningún cuadro de simulación de las consecuencias, para el cliente, en función de distintos escenarios de tipos de interés, que pudieran haber apercibido al cliente de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés, (bajistas), las liquidaciones mensuales resultantes de las cláusulas del contrato, podrían ser negativas, en cuantías relevantes, en función de diferencial de los tipos a pagar y cobrar, igualmente, no se le informó acerca de que, ante un escenario, previsible, según analistas financieros, de tendencia bajista de los tipos de interés, el cliente no podría compensar los pagos a realizar por la liquidación de la **permuta**, con el menor coste financiero de los productos bancarios que tenía contratados con el Banco (préstamo hipotecario de julio de 2006 por importe de 300.000# y préstamo personal, de septiembre de 2006, por importe de 150.000 #); no se le dijo que el mayor coste financiero derivado de la bajada del Euribor, nunca se compensaría con el menor coste de su financiación ordinaria par aquellos productos. Pero es que, además, no costa, ni se le informó al cliente/actor, durante la vida del contrato de **permuta**, que la evolución del índice de referencia -Euribor 6 meses-, en tendencia bajista, le iba a causar perjuicios económicos importantes, máxime tratándose de un tipo de referencia -no oficial- y difícilmente consultable por el público no experto en materias **financiera**, para que éste pudiera valorar, con datos objetivos la conveniencia de continuar con la operación.

Consiguientemente, debe estimarse que, en el supuesto examinado, la Entidad bancaria demandada no ha actuado con la transparencia informativa exigible, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, a las entidades financieras, no acreditando que su cliente fuera correctamente informado de las características, efectos y funcionamiento de la **permuta financiera** contratada como instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés de sus préstamos hipotecario y personal, porque, por ejemplo, no se le informó de que, por encima del tipo-barrera (el 4,50%), el producto es inocuo, no funciona, no proporcionando la cobertura de tipo de interés que el cliente iba buscando y que fue la causa de contratación del producto (asegurarse frente a subidas del tipo de interés), no se le dijo que, si el Euribor Subía por encima del tipo-barrera el Banco no le abonaría ninguna liquidación.

Y decimos que el Banco demandado no ha acreditado porque, como ya señalase la S.A.P. Valencia, Sección 9ª, de 26/4/2006, en el caso de productos de inversión, 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 *Art. 2 de la Orden Ministerial de 7/10/1999*, del Ministerio de Economía y Hacienda.

Es que ni siquiera se le entregó al actor el Contrato Marco de Operaciones Financieras, con sus respectivos Anexos I y II, pese a que estaba previsto, en la "Orden de Contratación", que ésta no era el contrato definitivo, sino sólo un documento provisional, siendo de resaltar la importancia de los Anexos, pues en ellos se definen los conceptos contenidos en la "Orden de Contratación" y en las posteriores confirmaciones de las operaciones financieras (contrato marco y anexos que se aportan por el actor, como documentos 6 á 10, obtenidos de la Asociación de Banca Privada, no del Banco demandado); conceptos sobre objeto, naturaleza, funcionamiento, liquidaciones, condiciones de cancelación anticipada, escenarios posibles, etc. Que aparecen definidos en el Contrato Marco y sus Anexos, pero no en la "Orden de Contratación" firmada el 11/9/2006.

Puede decirse, sin dudar, que la no entrega, al actor, del Contrato Marco y sus Anexos, constituye una actuación contraria a los principios de claridad y transparencia que deben inspirar las buenas prácticas

y usos financiero y de esa forma impidió que la voluntad negocial del actor y la emisión de su consentimiento en contratar, se formaran adecuadamente, sino a través de una representación equivocada de la realidad (error), en lo que nada influye, como pretende la Sentencia de instancia, que el representante legal de la actora, Sr. Lebrato, fuera ingeniero topógrafo, pues lo cierto es que no consta que tuviera especiales conocimientos financieros.

Y es que, como bien dicen las SS.A.P. Vizcaya de 8/10/2010 y Asturias de 23/7/2010 , (...las condiciones que se proponen al cliente no pueden ser fruto del mero capricho, sino que responden a un estudio previo de mercado y de las previsiones de fluctuación de interés variable y, sin embargo, tal información no se facilita al cliente, cuando la misma es la que resulta decisiva para conocer el auténtico riesgo que la operación conllevaba. De otro lado, es evidente que, ostentando el Banco su propio interés en el Contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a una y otro contratante, lo períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurado, el referencial variable y el tipo fijo no puede ser caprichosa, sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación de interés variable. Estas previsiones, que sirven a una prognosis más o menos fiable de futuro, configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos, pero no fue esta información la que se puso en manos del cliente antes de contratar, sino que la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contiene, en negrita, en el "Aviso Importante Sobre el riesgo de operación" al final de la "Orden de Contratación" y tal advertencia es insuficiente pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como se establece 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 tipo referencial.

SEPTIMO.- Para desestimar la demanda, como hace la sentencia de instancia, como bien razona, a juicio de esta Sala, la parte apelante, no es posible acudir a la doctrina de los actos propios, ni a la argumentación de que el representante legal de la actora firmó voluntariamente la "Orden de Contratación" después de leerse y consultarla, así como que sólo impugna el contrato cuando las liquidaciones empiezan a ser negativas para el cliente. Y no es posible admitir tales razonamientos porque el asentimiento o no protesta frente a las liquidaciones positivas para el cliente no constituye prueba fehaciente ni del conocimiento ni de la conformidad con el producto, porque, dado el escaso importe de esas primeras liquidaciones, en total 131,30 #, pudo pasar desapercibido en la contabilidad de la Empresa, a diferencia de lo que aconteció con los cargos negativos posteriores, de importancia considerable.

Por otra parte, tampoco puede olvidarse que son contratos de adhesión, redactados de forma oscura, con lenguaje poco común, muy técnico y sin que su comprensión esté al alcance de cualquiera; por lo que malamente, puede quedar vinculado por la doctrina de los actos propios quien firmando, por una representación equivocada de la realidad, parece realizar actos que causan estado frente a terceros.

Y en relación a la **permuta financiera** de marzo de 2007, aparece ya cancelada, pero no puede considerarse que su firma por el autor constituyera acto propio, por cuanto no se sabe que ha sucedido en ese otro contrato de **permuta** que, al parecer, está en trámites de ser impugnado; en todo caso, se desconoce la trayectoria que siguió esa otra **permuta financiera**.

Como hemos podido apreciar, de tal declaración no se extrae un cumplimiento preciso que integra ese deber normativo de información; de las expresiones del mismo parece sugerirse que el producto servía para mitigar una posible subida de intereses - haciendo así creer al demandante, como éste expone en su demanda, que estaba firmando un contrato de seguro-, aunque realmente no se trataba de un propio contrato de seguro, con pago de una prima. En su declaración, el Sr. Jose Miguel describe situaciones de conceptos que están en el contrato; pero nada refiere de las consecuencias desproporcionadamente gravosas que podrán darse en una cancelación anticipada, ni del sentido concreto de alguna de las cláusulas contractuales, cuando sólo se refieren al beneficio económico esperado por el cliente; por tanto, no se infiere, de tal declaración, un cabal como suficiente aporte informativo de los riesgos reales, como los efectivamente producidos, al cliente con el que contrató el producto litigioso.

Como ya dijimos anteriormente, deben considerarse aplicables, en materia de contratos financieros, la *Ley 24/1998, de 20 de julio sobre Mercado de Valores* , modificado por la *Ley 47/2007, de 19 de diciembre* ; e incluso el *R.D. 217/2008* , sobre Régimen Jurídico de las Empresas de servicios de inversión; concretamente, el *Art. 79 bis de la L.M.V. (24/1988)* prevé que las Entidades que presten servicios de inversión deben comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales interés como si fueran propios y, en particular, observando el deber de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes debiendo ser la información imparcial, clara y no engañosa, no pudiendo perderse de vista que el contrato de gestión de riesgos financieros es un contrato consensual,

bilateral, sinalagmático, de duración continuada y determinada, atípico y aleatorio (*Art. 1790 CC*), que genera derechos y obligaciones para ambas partes que tiene cierta semejanza con el contrato de seguro, pues se cubre el riesgo por parte de la entidad bancaria de que si suben en demasía los tipos de interés, el Banco cubre al cliente; pero por el contrario el cliente, que se ve beneficiado por su bajada y se beneficia de que puede hacer frente a su endeudamiento con menos carga, a la par, increíblemente, se compromete con el Banco a pagarle los vencimientos por esa bajada, lo que, en definitiva significa que aquel beneficio para el cliente por la bajada del Euribor se evapora, al tener que compensar el Banco.

OCTAVO.- Como conclusión, pues, nos encontramos ante un claro supuesto de consentimiento contractual viciado de error; el cual invalida ese consentimiento al ser sustancial o esencial sobre las condiciones que hubieran dado motivo a la celebración del contrato, atendida su finalidad. Además, es un error no imputable a quien lo sufrió y no era susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. No puede decirse, con seriedad, que contó con el Asesoramiento del Sr. Gabriel, pues éste Solo es asesor en el área fiscal y laboral, de la Empresa actora.

Y es que, efectivamente, en el caso examinado no ofrece duda que el error ha recaído sobre condiciones esenciales del contrato, como son sus consecuencias económicas en el ejercicio de facultades reconocidas en el mismo; no es imputable a quien lo padece, excusable, por ser imprevisible e inevitable para quien incurre en el error; en el desconocimiento o conocimiento equivocado de aspectos esenciales del contenido contractual y su relación causal con el negocio concertado y su finalidad, que para el cliente era la de disminuir los perjuicios que pudieran derivarse de las fluctuaciones de los tipos de interés variables que estaban al alza; que se vio frustrada ante la situación contraria, sin que de la lectura del contenido de la orden de contratación, se desprendieran las consecuencias perjudiciales realmente producidas ni informadas sobre ellas (sin limitación contractual para las bajadas de los tipos de interés ni diferencial alguno y permaneciendo inamovibles el nominal inicial, con abstracción de la deuda amortizada). El cliente desconocía que el coste de la cancelación comprendía el pago de todas las liquidaciones a abonar desde su solicitud hasta la fecha del vencimiento del contrato, lo que no desprende de las estipulaciones de la Orden de Contratación.

Y, en fin, no costa que el cliente recibiera información adecuada, ni podía obtener un conocimiento exacto del alcance de las cláusulas contractuales, desde su propia literalidad, por su falta de claridad, que no puede favorecer a quien la ha originado -*Art. 1.288 CC* -, ni el resultado de su aplicación respeta el equilibrio de las prestaciones-, singularmente desproporcionadas en perjuicio del cliente, como se razona con suficiente claridad a lo largo del escrito de apelación, siendo éste cliente minorista, sobre el que incide una mayor y especial protección, sobre todo en cuanto a la información que deben recibir del producto financiero contratado, para que su voluntad negocial se forme adecuadamente.

NOVENO.- No se informó al cliente con toda claridad de que el beneficio que obtendría por la bajada del tipo de interés, -que haría que las cargas financieras que tenía contraídas con el Banco, mediante un préstamo hipotecario, pactado en julio de 2006 y un préstamo personal en el mismo septiembre de 2006, a tipos variables, fueran menores- no era realmente tal beneficio, pues el banco ya se aseguraba que, dadas las circunstancias concurrentes en el mercado de aquellas fechas, plenamente conocidas por los Bancos y los expertos y analista financieros, el Euribor recorría un claro camino bajista, asegurándose de esta forma, mediante la **permuta** de tipos de interés, que el beneficio supuesto del cliente al bajar los tipos de interés, fuera realmente y exclusivamente beneficios del Banco, pues el cliente se comprometía, por el contrato, a abonar liquidaciones negativas al Banco, cuando los costes financiero (el Euribor) se redujeran que era lo que el Banco sabía que estaba sucediendo e iba a continuar ocurriendo en los meses y años siguientes. Y, sin embargo, esta información oficial -que revela los documentos 27 á 31 de la demanda fue ocultada por el banco al cliente.

En resumen, puede decirse, que, según lo pactado, el cliente pierde si suben los tipos de interés, porque se encarecen los costes financieros de sus préstamos a tipo variable; y si bajan los tipos de interés, también pierde el cliente, porque entonces, tiene que compensar al Banco, de los costes financieros de los préstamos por la bajada del Euribor.

DECIMO.- La estimación del recurso conlleva la revocación de la Sentencia de instancia y consiguiente estimación de la demanda rectora de la litis, por lo que debe condenarse al demandado a estar y pasar por la declaración de nulidad pedida por el actor. Y a las consecuencia pertinentes; y es que, como señala la jurisprudencia, la declaración de nulidad de un contrato por la concurrencia de un vicio de la voluntad produce la consecuencia de la restitución de lo que cada parte haya recibido de la otra por razón de las obligaciones creadas. Además, puede ocurrir que haya lugar a la reclamación de indemnizaciones, según las circunstancias que han provocado la nulidad. Pero lo que deben restituirse las partes es lo que los

contratos han proporcionado a los contratantes o su equivalente monetario, sin que opere, en ningún caso, la subrogación real, porque si, a consecuencia del negocio jurídico declarado nulo, hubo entrega de cosa de una parte a otra o por ambas, recíprocamente, debían restituirse las mismas "in natura" y, si no es posible, su equivalente económico, con los frutos e intereses que se hubieran producido,. La finalidad de esta regla es que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (por todas, SS.T.S. 23/6/2008 ; 12/11/2010).

Así, pues, dada la complejidad del contrato, el representante legal de la actora sufrió un error esencial que vició, desde el inicio, su consentimiento; luego, en aplicación de los *artículos 1.265 y 1.266 del C.C .* procede decretar la nulidad del contrato, con las consecuencias inherentes que prevé el *Art. 1.303 CC .*; no cabiendo ninguna duda de que la acción de nulidad se ha promovido desde la consumación del contrato, una vez que es consciente de su error y de la causa del mismo (S.A.T. Asturias 27/1/2010); y no pudiendo haber ninguna duda de cuales son las cantidades que debe restituir la demandada, pues aparecen acreditadas en los documentos 12 á 17 de la demanda, donde se reflejan las liquidaciones negativas practicadas en fechas 30/3/2009, por importe de 1.016,40 #; 29/6/2009, por importe de 2.476,42 # y 29/9/52009, por importe de 2.895,32#, de cuya suma total deben descontarse, obviamente, las liquidaciones positivas practicadas en 29/3/2007 (21,45 #), 29/6/2007 (109,84 #) y 31/3/2008 (0,01 #).

DECIMO.- Las costas de la primera instancia se han de imponer a la entidad bancaria demandada, dada la estimación total de la demanda (*Art. 394.1 LEC*); y no ha lugar a pronunciamiento expreso sobre las costas de la apelación (*Art. 398 LEC*).

Vistos los artículos citados y los de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que, estimando como estimamos, el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de la Mercantil " S.L.", contra la Sentencia nº 90/2010, de fecha 19/10/2010, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Jerez de los Caballeros en el Juicio Ordinario nº 710/2009 , **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha resolución y en su consecuencia, con estimación de la demanda deducida por la mencionada mercantil contra La Entidad BANCO ESPAÑO DE CREDITO, S.A., **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS**. La NULIDAD de la "Orden de Contratación de Producto Derivado: **Permuta Financiera** de Tipos de Interés con Tipo fijo Creciente y Convertible a Tipo Variable" suscrita entre Actora y demandada en fecha 11 de septiembre de2006, por concurrir consentimiento viciado por error en la persona del legal representante de la Mercantil demandante; y, en su consecuencia, **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a "Banco Español de Crédito, S.A." a que reintegre a la demandante la cantidad de 6.206,86 # por las liquidaciones negativas cargadas en ejecución de la Orden de Contratación que se declara nula, descontadas ya el importe de las liquidaciones positivas; cantidad que generará el interés legal desde la fecha de las respectivas liquidaciones negativas (30/3/2009; 26/6/2009; y 29/9/2009) calculado sobre la cantidad correspondiente a cada liquidación, hasta la fecha del completo reintegro; así como al pago de las costas de la primera instancia, sin hacer pronunciamiento expreso de condena en las costas causadas en esta Alzada.

Contra esta resolución **no** cabe ulterior recurso.

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