

Roj: SAP IB 1374/2011  
Id Cendoj: 07040370052011100209  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Palma de Mallorca  
Sección: 5  
Nº de Recurso: 199/2011  
Nº de Resolución: 216/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: SANTIAGO OLIVER BARCELO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE CONTRATOS

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00216/2011**

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000199 /2011**

**SENTENCIA Nº 216**

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

D<sup>a</sup>. COVADONGA SOLA RUIZ

En PALMA DE MALLORCA, a veinte de Junio de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000244 /2010, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.3 de MAÓ, a los que ha correspondido el Rollo de Sala RECURSO DE APELACION (LECN) 0000199 /2011, en los que aparece como parte demandada apelante, la entidad BANCO DE SANTANDER, SA, representada por la Procuradora de los tribunales, D<sup>a</sup>. MARÍA JOSÉ DíEZ BLANCO, y asistida por el Letrado D. JOAN BUADES FELIU, y como parte demandante apelada, la entidad M. POLO, S.L., representada por el Procurador de los tribunales, D. FREDERIC XAVIER RUIZ GALMÉS, y asistida por el Letrado D. PEDRO MORATA SOCÍAS.

ES PONENTE el Sr. D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION N.3 de MAÓ, por el mismo se dictó sentencia con fecha 25 de enero del corriente año, cuyo fallo dice: "Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de M. Polo, S.L. contra Banco de Santander S.A. y, en consecuencia, dispongo:

- 1.- Declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las partes

litigantes el día 28 de noviembre de 2006.

2.- Declarar nulos todos y cada uno de los cargos y abonos de intereses del swap, relacionados en el documento nº 26 de la demanda, efectuados en la cuenta nº 0049-0045-24-2511024099 correspondiente a la póliza de crédito que M. Polo S. L. tiene contratada con Banco de Santander S.A. e incluso de aquellos que pudieran producirse durante la tramitación del presente procedimiento, junto con los intereses que se hubieran devengado de los mismos o se devengasen al tipo pactado en la póliza de crédito desde la fecha que se produjeron.

3.- Banco de Santander S.A. deberá proceder a una nueva liquidación en la cuenta de la póliza de crédito nº 0049-0045-24-2511024099, anulándose los abonos y cargos del swap efectuados, y aquellos que se efectúen durante el procedimiento, junto con los intereses derivados al tipo de interés de la póliza desde la fecha que aquellos abonos y cargos se hicieron en la cuenta.

4.- Condenar a Banco de Santander S.A. a estar y pasar por las anteriores manifestaciones y al pago de los importes e intereses referidos.

Se condena en costas a la parte demandada."

**SEGUNDO** .- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 7 de junio del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

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

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** .- Formulada demanda de juicio ordinario, en ejercicio de acción de declaración de nulidad de un contrato de permuta financiera de tipos de interés (Swap) y, en su caso, de determinadas cláusulas del contrato marco de operaciones financieras (CMOP), por parte de la entidad "M. Polo, S.L.", contra la entidad "Banco de Santander Central Hispano S.A.", en suplico de que se dicte sentencia por la que:

"A) Se declare la nulidad del Contrato de permuta financiera de tipos de interés ("swap bonificado reversible media"), suscrito en fecha 28-11-2.006, por mediar vicio en el consentimiento prestado por mi principal en base a los motivos indicados en el cuerpo de este escrito, y por ende:

A.1.- Se declaren nulos todos y cada uno de los cargos y abonos de intereses del swap, relacionados en el documento 26 de la demanda, efectuados en la cuenta nº 0049/0045/24/251102d4099 correspondiente a la póliza de crédito que mi principal tiene contratada con la entidad crediticia demandada, e incluso de aquellos que pudieran durante la tramitación del presente procedimiento, junto con los intereses que se hubieran devengado de los mismos o se devengasen al tipo pactado en la póliza de crédito desde la fecha que se produjeron.

A.2.- Y en su consecuencia, se proceda a efectuar una nueva liquidación por la parte demandada en la cuenta de la póliza de crédito 0049/0045/24/2511024099, anulándose los abonos y cargos del Swap efectuados antes mencionados, y aquellos que se efectúen durante el procedimiento, junto con los intereses derivados al tipo de interés de la póliza desde la fecha que aquellos abonos y cargos se hicieron o se hicieran en la cuenta.

A.3.- Se interesa igualmente la expresada imposición de las costas procesales a cargo de la entidad bancaria demandada.

A.4.- Y en consecuencia, se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores manifestaciones, y al pago de los importes e intereses y costas.

B) De manera subsidiaria:

B.1) Se declare la nulidad de las Cláusulas 12ª, 13ª, 14ª, 19ª, 21ª y concordantes del contrato Marco, y de aquellas del contrato "Swap" citadas en el hecho sexto, A) y B) de este escrito, especialmente la última cláusula del Swap relativa "a la cancelación anticipada a precios de mercado" y sus concordantes.

B.2) Se declare que mi principal tiene derecho a cancelar unilateralmente y dar por terminado el

contrato de permuta financiera de tipos de interés ("Swap bonificado reversible media") suscrito entre los litigantes en fecha 28-11-2-006, como asimismo del Contrato Marco sin tener que satisfacer cantidad dineraria alguna a la entidad bancaria demandada ni en concepto de indemnización ni de penalización.

B.3) Se declare que deberán practicarse desde el inicio del contrato todas las liquidaciones de abonos y cargos del swap efectuadas hasta la fecha y aquellas que pudieran efectuarse a partir de la fecha sobre un nominal de 616.272,17 .- Euros, declarándose nulos todos y cada uno de los cargos y abonos de intereses relacionados en el documento nº 26 de esta demanda efectuados en la cuenta nº 0049/0045/24/2511024099 correspondiente a la póliza de crédito que mi principal tiene contratada con la entidad crediticia demanda, y aquellos que se efectúen durante el procedimiento, junto con los intereses derivados al tipo de interés de la póliza desde la fecha que aquellos abonos y cargos se hicieron o se hicieran en la cuenta; y en su consecuencia se proceda a efectuar una nueva liquidación por la parte demandada en la cuenta de la póliza de crédito a tenor de este punto.

B.4).- Se interesa igualmente la expresa imposición de las **costas procesales** a cargo de la entidad bancaria demandada.

B.5.- Y en su consecuencia, se condene a la demandada a estar y a pasar por las anteriores manifestaciones, y al pago de los importes e intereses y costas.

C).- En defecto de estimación de la pretensión subsidiaria anterior, se declare la existencia de la alteración extraordinaria en la bajada del tipo del "Euribor a 12 meses", que ha provocado la ruptura del equilibrio y equivalencia en las prestaciones del contrato del Swap, y por ende se declare, en la atribución de la facultades de moderación judicial en equidad y reciprocidad conforme a la jurisprudencia de la *cláusula Rebus Sic Stantibus*, las siguientes modificaciones contractuales del mismo que entrarían en vigor desde 05-12-2008 hasta la finalización del contrato, con la nueva redacción del siguientes tenor literal:

C.1) para el supuesto que el "Tipo Variable Medio Trimestral fuera inferior del 3,97 %", el cliente satisfará anualmente al banco la media del tipo del "Euribor a 12 meses" del inicio de cada periodo de cálculo trimestral, mientras que percibirá trimestralmente del Banco "el Euribor a 12 meses" del inicio de cada periodo, y ello por equidad y por analogía de forma similar a la cláusula del "Tipo Variable Medio Trimestral fuera superior al 4,50%" contenida en el cuadro al final del folio "5 de 6" del Anexo del contrato Swap.

C.2) Que el "Euribor a 12 meses", tanto el que se abona como el que se carga o en su caso el tipo del 3,97, se aplicará sobre el nominal de 616.272,17 euros, importe del riesgo financiero asumido con la entidad demandada, y no sobre el importe de 4.000.000.- euros.

C.3) Que cualquiera de las partes podrá cancelar anticipadamente sin pago de indemnización o penalización alguna.

C.4) Se interesa igualmente la expresa imposición de las **costas procesales** a cargo de la entidad bancaria demandada.

C.5) Y en su consecuencia, se condene a la demandada a estar y a pasar por las anteriores manifestaciones, y al pago de los importes y costas"; fue contestada y

opuesta por ésta última y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, incluidas las periciales técnicas, la demanda fue estimada en la instancia, en su petición principal, por Sentencia de fecha 25-enero -2011 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de M. Polo, S.L. contra Banco de Santander S.A. y, en consecuencia, dispongo:

1.- Declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las partes litigantes el día 28 de noviembre de 2006.

2.- Declarar nulos todos y cada uno de los cargos y abonos de intereses del swap, relacionados en el documento nº 26 de la demanda, efectuados en la cuenta nº 0049-0045-24-2511024099 correspondiente a la póliza de crédito que M. Polo S. L. tiene contratada con Banco de Santander S.A. e incluso de aquellos que pudieran producirse durante la tramitación del presente procedimiento, junto con los intereses que se hubieran devengado de los mismos o se devengasen al tipo pactado en la póliza de crédito desde la fecha que se produjeron.

3.- Banco de Santander S.A. deberá proceder a una nueva liquidación en la cuenta de la póliza de crédito nº 0049-0045-24-2511024099, anulándose los abonos y cargos del swap efectuados, y aquellos que se efectúen durante el procedimiento, junto con los intereses derivados al tipo de interés de la póliza desde la fecha que aquellos abonos y cargos se hicieron en la cuenta.

4.- Condenar a Banco de Santander S.A. a estar y pasar por la anteriores manifestaciones y al pago de los importes e intereses referidos.

Se condena en costas a la parte demandada."

La representación procesal de la entidad "Banco Santander, S.A." se alza contra la anterior resolución, alegando una defectuosa valoración de la prueba practicada por parte del Juez "a quo", incongruencia de la Sentencia, inexistencia de un error sustancial e inexcusable en el consentimiento prestado al tiempo de la firma del contrato de "Swap", que la actora no es un consumidor final ni el "Swap" un contrato de seguro, por todo lo cual interesa que se estime el Recurso de Apelación interpuesto y como consecuencia de ello, revoque la resolución calendada y, en su lugar dicte otra desestimando la demanda presentada en su día por la sociedad "M. Polo, S.L."

Todo ello con expresa condena en costas a la contraparte.

La representación procesal de la entidad "M. Polo, S.L." se opone al recurso formalizado de adverso, alegando falta de información completa, precisa en un producto bancario de riesgo, ocultación del coste de cancelación anticipada, y desequilibrio contractual entre las partes respecto del tipo de interés y demás prestaciones económicas, por lo que interesa que se dicte sentencia confirmando la de instancia, todo ello con expresa imposición de costas judiciales a la parte apelante.

**SEGUNDO** .- En una primera aproximación al contrato de "Swap", y siguiendo la mejor doctrina, puede definirse como una transacción financiera en virtud de la cual diversos organismos o empresas acuerdan intercambiarse flujos de pagos en el tiempo con la mutua suposición de verse ambos favorecidos en el trueque o una transacción financiera en la cual dos partes contractuales acuerdan intercambiar extremos de pagos (cargas financieras) o cobros (activos) en el tiempo. Por último, en el Dictionary of Banking Terms americano, TP Fitch define el Swap como un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable (Swap de tipos de interés) o una divisa por otra (Swap de divisas) o para intercambiar pagos de intereses calculados a tipo fijo en una divisa por pagos de intereses calculados a tipo variable en otra divisa (Swap mixto).

El Swap de tipos de interés (Interest rate swap), trata de un contrato suscrito entre dos partes, usualmente un banco y una empresa, aunque también pueden ser dos empresas, que acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia (Principal National Amount) los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos sobre dicho nominal, a un plazo determinado. Tales coeficientes se denominan como es usual en el mercado financiero, tipos de interés, aunque no son tales, puesto que no existe préstamo del capital acordado que queda únicamente como quantum de referencia. La finalidad del contrato es posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las pérdidas que puedan padecer debido a las modernas y frecuentes fluctuaciones de los tipos de interés, de modo que siendo una empresa prestataria, por ejemplo, a tipo fijo y esperando una próxima caída generalizada de los tipos de interés pueda contratar con una Entidad financiera un límite o quantum de idéntico importe a interés variable, por plazo conveniente, pactando que ésta última le pagará los diferenciales en caso de caer efectivamente los tipos; o bien por el contrato, obtener un tipo fijo, cuando se tiene suscrito un tipo variable presumiblemente desfavorable. El nominal de referencia ha de pactarse en una única moneda sin que exista transmisión alguna del mismo, sino sólo el intercambio de unos pagos parciales hasta una fecha determinada para la conclusión del contrato. Desde luego, puede pactarse una única liquidación final, que en cualquier caso se habrá de practicar compensando los créditos y deudas mutuos, como también ocurrirá en el supuesto de vencimiento anticipado, que podrá tener lugar por las causas habitualmente acordadas, como son el impago de alguna cantidad parcial, la declaración de concurso u otra similar.

El Swap de divisas (Currency Swap), es un contrato financiero entre idénticos sujetos que el caso anterior, los cuales acuerdan intercambiar las obligaciones crediticias que han contratado con terceros en divisas diferentes, por un plazo determinado. Al ser prestatarios en mercados financieros distintos, cada uno asume las obligaciones contraídas por el otro en virtud de su propio contrato de préstamo durante el plazo acordado, a cuyo vencimiento, se liquidará la operación entre ambos, sin que para nada haya afectado el contrato swap suscrito entre ellos a las relaciones obligacionales derivadas de los contratos de préstamo

firmados con sus respectivos acreedores. Con este tipo de operaciones se facilita a las empresas que lo desean una financiación más favorable mediante una divisa o en un mercado financiero en los que tenga dificultades para contratar, ya sean habituales o simplemente coyunturales.

**El Swap mixto** (Cross Swap), constituye una suma de los anteriores, es decir, que los contratantes intercambian tanto el principal en divisas diferentes como los tipos de interés fijo y variable pactados durante un plazo determinado.

Entre las ventajas de los contratos Swap está el conseguir un mejor aprovechamiento de los costes relativos al contratar en diversos mercados; permitir la adaptación de la estructura financiera de la empresa a la dinámica del mercado internacional, alterando el pasivo a largo plazo o cambiando la composición de su deuda a la búsqueda de endeudamientos más favorables en función del previsible comportamiento de las divisas y tipos de interés; servir de medio de cobertura del riesgo de cambio; diversificar la cartera de deudas en divisas; permitir a determinadas empresas el acceso a ciertos mercados a los que no podrían concurrir en otras condiciones; dar lugar a una mayor integración de los mercados financieros, y para los bancos, aliviar el lastre de los coeficientes de control a los que les somete la autoridad monetaria. Inconvenientes como la opacidad, al no ser obligatoria la inclusión en el sistema financiero en el futuro, aunque, considerando la volatilidad a que ha llegado el mercado de capitales, no serán sólo estos contratos los que provoquen posibles crisis, sino más bien la propia dinámica del sistema. Considerando las características de este contrato que viene a satisfacer ventajosamente, en un principio, las necesidades financieras de las empresas en un fluctuante mercado de capitales, nada impide que al amparo de lo dispuesto en los arts. 1.255 del Código Civil y 50 y siguientes del Código de Comercio, sea admitido en nuestro ordenamiento, siempre que su clausulado respete los principios y normas generales de contratación. La doctrina española lo ha denominado contrato de permuta financiera puesto que participa aparentemente de las condiciones de una permuta. Sin embargo, según el art. 1.538 del Código Civil resulta esencial al contrato de permuta el intercambio de cosas, y en el contrato Swap se intercambian valores, es decir, obligaciones de pago dinerarias, lo que desnaturaliza la permuta.

Como características del contrato, las siguientes:

A) Es un contrato único. No son varios contratos ligados entre sí, sino un solo contrato que genera diversas relaciones obligatorias.

B) Es un contrato atípico, no regulado como tal en nuestro Derecho.

C) Es un contrato consensual, que se perfecciona por mero acuerdo de voluntades, no precisando forma escrita.

D) Es un contrato bilateral, generador de recíprocas obligaciones a cargo de las dos partes.

E) Es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca o más bien una interdependencia entre las prestaciones de las dos partes, de modo que cada prestación actúa como contravoz de la otra, resultando de aplicación la "exceptio non adimpleti contractus".

F) Es un contrato de duración continuada que no se agota en la realización de una sola prestación, sino que abarca sucesivas prestaciones que se van materializando de las obligaciones legales suscritas. Es decir se permutan los medios de pago y no los pagos en sí.

La finalidad esencial de la permuta financiera no es la especulación sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones de los mercados financieros.

Como consecuencia de la suscripción de un contrato Swap de tipos de interés, las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos recíprocamente pactados al nominal de referencia, durante los períodos que se acuerden, hasta el vencimiento del contrato.

Se trata únicamente de una cifra de referencia que sirve como base de cálculo de las cantidades que cada parte se abonará recíprocamente por aplicación de unos tipos igualmente pactados y cuya percepción servirá para compensar, en su caso, una operación de crédito suscrita con un tercero en condiciones normalmente más desventajosas. No obstante puede pactarse un solo pago inicial para una de las partes mientras resultan periódicos para la otra, o simplemente efectuarse pagos recíprocos por compensación, que incluso pueden ser liquidados al vencimiento normal o anticipado del contrato.

El contrato finaliza normalmente bien por cumplimiento a la fecha de su vencimiento o bien por su cancelación voluntaria. Anormalmente finalizará por vencimiento anticipado en virtud de alguna de las causas de incumplimiento que usualmente se pactan y cuyo fundamento estriba en la "exceptio non adimpleti contractus" y en la posibilidad de solicitar la resolución del mismo al amparo del *art. 1.124 del Código Civil*.

Una adicional aproximación al mismo obliga a recordar las normas de protección de la clientela como la OM de 12-12-89 sobre que:

- 1º) Principio de libertad de pactos y de intereses (*art. 1*)
- 2º) Obligación de publicación de los tipos de interés (*art.3*)
- 3º) Determinación de las fechas de valoración de las distintas operaciones (*art.4*).
- 4º) Principio de la libertad de fijación en las comisiones (*art.5*)
- 5º) Principio de claridad, sencillez y publicidad de las reglas de valoración y tarifas (*art.6*).

6º) Principio de documentación. Las entidades de crédito deberán hacer entrega de un ejemplar del documento contractual en que se formalice la operación, suscrito por el cliente y por la persona con poder para obligar a la entidad.

La eficacia de la Ley de Crédito al Consumo y de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y en su caso aplicarlas; y asimismo;

- Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad .
- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.
- Ley 2/1994, de 30 de marzo , sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.
- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero .
- Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.
- Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre la transparencia de las operaciones y protección de la clientela.
- Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Orden Ministerial ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.
- Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, dictado en desarrollo de los arts. 22 a 28 de la Ley 44/2002 .

En el marco de la normativa comunitaria, deben mencionarse:

- Directiva 1993/13/CEE, del Consejo, de 3 de abril de 1993 , sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Directiva del consejo de las comunidades Europeas, 1987/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986 , relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por Directiva 90/1988/CEE, de 22 de febrero de

1990 .

- Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 1988/598/CEE, de 8 de diciembre de 1987, sobre un Código Europeo de buena conducta en materia de pago electrónico.

- Recomendación de la Comisión 1988/590/CEE, de 17 de noviembre de 1988/590/CEE, de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago; el control pasivo de

las cláusulas contractuales a través de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la eficacia jurídica de la normativa disciplinaria de las entidades de crédito; que si el cliente no es consumidor cuando quienes utilizan los servicios bancarios de administración de valores son clientes sobre los que no recae la condición de consumidor a los efectos del *art. 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio*, general para la defensa de los consumidores y usuarios, la ausencia de un filtro legal aplicable a la incorporación de las condiciones generales de la contratación al contrato reduce el ámbito de protección de estos clientes frente a posibles malas prácticas bancarias. El filtro legal aplicable a este tipo de contratos será el general del *art. 1.255 del Código Civil*, por lo que serán nulos los pactos contrarios a la Ley, la moral y el orden público. De acuerdo con nuestro sistema liberal de contratación, será contraria a la ley la imposición por una de las partes de determinadas condiciones contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones frente a la entidad de crédito (*art. 57 C.Com*).

En definitiva, se impone el principio de que el contrato se ejecutará y cumplirá de acuerdo con el principio de que el contrato se ejecutará y cumplirá de acuerdo con el principio de la buena fe (*art. 57 C.Com*), pero en caso de que de la interpretación del contrato resultará un desequilibrio para una de las partes, el contenido de éste se interpretará a favor del adherente (*art. 59 C.Com* con relación al *art. 6.2*); y la eficacia jurídica de la *Ley 24/88 de Mercado de Valores* y las normas de protección de los clientes de tal servicio.

La denominación que ha recibido esta normativa -normas de transparencia- resulta expresiva de una de sus finalidades, la de prestar una *información adecuada a la clientela* de las entidades de crédito, de forma que el cliente tenga o pueda tener una idea clara del contenido del contrato, en el momento de su celebración y durante su periodo de duración, puesto que la expresión "transparencia", en el ámbito contractual, se utiliza cuando de los términos expresados en la formalización de los contratos se deducen con claridad cuáles son las obligaciones que nacen para cada una de las partes que intervienen en ellos.

El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello tales normas intentan establecer los medios para que las condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean *comprensibles para el cliente medio*, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.

Sin embargo, la existencia de estas normas no se justifica por una exclusiva finalidad de protección de la parte contratante, con mayor déficit de información. Es necesario contextualizar este tipo de normas que disciplinan la participación de determinados agentes económicos en la posición oferente del mercado de crédito. Por lo tanto, en última instancia, constituyen una regulación profesional ordenada a sentar las bases para conseguir una mayor competencia entre las entidades, objetivo éste que aparece claramente enunciado en la propia Exposición de Motivos de la Orden de 12-XII-1989 en una sencilla frase que anuda ambos conceptos, mejor información y mayor competencia, en una relación de causa-efecto.

El ámbito subjetivo de estas normas está integrado por una parte por las entidades de crédito, en el concepto legal que de las mismas se ofrece en el *art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio*. La delimitación del ámbito subjetivo se cierra mediante el concepto de cliente bancario, concepto que no ha de circunscribirse al de consumidor o usuario de servicios financieros, en el sentido clásico del término, es decir, como aquel que utiliza la financiación obtenida para la satisfacción de sus necesidades particulares. En la Orden y en la Circular se huye en todo momento de la calificación como consumidor del sujeto tutelado. Por consiguiente, las normas serán de igual aplicación a las relaciones entre entidades de crédito con consumidores y a las relaciones entre aquéllas y los profesionales o empresarios.

Las medidas de protección adoptadas pretenden encauzar adecuadamente la autonomía de la voluntad, arbitrando los medios para que *el cliente pueda optar por la mejor alternativa* posible a la hora de contratar un servicio bancario. Para ello:

- Se prevé la *publicación obligatoria de determinados tipos de interés*, que, en ciertos casos, actuarán como máximos en los contratos particulares firmados con los clientes.

- Se arbitran los medios oportunos para que el cliente pueda conocer las comisiones aplicables a una determinada operación y su cuantía, así como sus fechas de devengo y liquidación. Asimismo, se condiciona la validez de las comisiones practicadas a la existencia de una "causa" que las justifique: la prestación de un servicio efectivo por parte de la entidad de crédito, adecuadamente solicitado o aceptado por el cliente.

- Se introduce un sistema ponderado que debe permitir al cliente tener presente la carga financiera total de una determinada operación activa o pasiva, con la finalidad de que use esta información para comparar ofertas en el mercado.

- Se exige, en determinados casos, la entrega de un documento contractual con un contenido mínimo predeterminado, en el que destaca la fijación de las condiciones financieras y los mecanismos de modificación de las mismas que en su caso se establezcan.

- Se prevé la creación de un órgano de carácter institucional, integrado en los servicios jurídicos del Banco de España, encargado de atender las reclamaciones presentadas por los clientes de las entidades de crédito, de alcance más bien limitado.

- Se regula la publicidad de las entidades de crédito, para que las anteriores medidas de control tengan adecuado reflejo en la promoción comercial de los servicios bancarios.

- Se pone límite a la discrecionalidad de las entidades de crédito a la hora de fijar el momento en que resultan efectivos los apuntes contables de cargo y abono, a los efectos de devengar intereses, no tanto a los efectos de disponer de los fondos.

Item más, hay cláusulas predisuestas e impuestas y que afectan a una pluralidad de contratos, y que deben caracterizarse por la transparencia, claridad y concreción, escritas y facilitar a través de folleto informativo; debiéndose excluir las no incorporadas por falta de oportunidad de conocer, las ilegibles, ambiguas e incomprensibles, por nulas, y por no puestas, y conllevan, en su caso, la nulidad contractual.

Tal exigencia de unos requisitos de validez cuyo incumplimiento se sanciona con la nulidad de pleno derecho de tales cláusulas y en el establecimiento de unas normas de interpretación que tiendan a lograr la igualdad de las partes en la contratación por adhesión; que son:

a) Requisitos de validez:

El art. 10,1 ,a) establece una serie de requisitos iniciales de inclusión, por ser requisitos que ha de cumplir quien utilice condiciones generales para garantizarse su incorporación al contrato y cumplen una función de transparencia, en el sentido de dotar al cliente de la información necesaria para que pueda adoptar una decisión plenamente consciente . Se enmarcan en la tendencia del Derecho contractual tiempos dirigida a formalizar la celebración de los contratos con finalidad protectora de la libertad de decisión negocial de los consumidores.

A estos efectos dicho precepto exige a las condiciones generales:

"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".

Estos requisitos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1. Que en el documento contractual figuran las condiciones generales o una referencia expresa al documento donde éstas se encuentren.

En cuanto al contenido del documento contractual es más concreta la normativa específica bancaria (art. 7º,4 OM de 12 de diciembre de 1989 y norma 6ª, 6 Circ 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre ) al exigir que en todas las operaciones en las que intervenga el tiempo tales documentos recojan de forma explícita y clara l os siguientes extremos:

a) El tipo de interés nominal que se utilizará para la liquidación de intereses o en el caso de operaciones al descuento los precios efectivos inicial y final de la operación.

b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fecha de devengo y liquidación de los mismos o, en su caso, de los precios efectivos citados en la letra anterior, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal, el importe absoluto de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.

c) Las comisiones que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como en general cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos. No serán admisibles las remisiones genéricas a las tarifas.

d) Los derechos que contractualmente correspondan a la entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado o de las comisiones o gastos repercutibles aplicados, en el procedimiento a que deberá ajustarse tales modificaciones, que, en todo caso, deberán ser comunicados a la clientela con antelación razonable su aplicación, y los derechos de que en su caso goce el cliente cuando se produzca tal modificación

e) Los derechos del cliente en cuanto al posible reembolso *anticipado* de la operación.

f) Los demás que deban incluirse de acuerdo con la normativa específica de cada Entidad de Crédito.

g) En cuanto a los gastos repercutibles, cuando su cuantía no pueda determinarse en el momento de la firma del contrato, figurará al menos su concepto. Cuando se repercutan gastos que la Entidad haya satisfecho de forma globalizada y resulte imposible su individualización, *los folletos* de tarifas deberán recoger las cuantías repercutibles.

2. Que se entregue al adherente una copia de las condiciones general, bien el propio documento contractual, bien el documento a que se refiere éste.

A esto hay que añadir en el tráfico bancario la obligación de entrega de *un ejemplar del contrato crediticio* cuando su cuantía sea inferior a diez millones de pesetas y, además, siempre que lo pida el cliente (*art. 7º,2 OM de 12 de diciembre de 1989 y norma 6ª,1 Circ 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre*).

3. Que las condiciones generales estén redactadas de forma legible y comprensible.

La LGDCU en la letra c) de su *art. 10* exige otro requisito a las condiciones generales que afecta a su contenido. Deben ser acordes con la *buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones* estableciendo, ad exemplum, en qué casos quedan excluidos estos requisitos; y son de aplicación:

- La omisión en casos de pago diferido en contratos de compraventa, de la cantidad aplazada, tipo de interés anual sobre saldos pendientes de amortización y las cláusulas que, de cualquier forma, faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato.

- Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato.

- Las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comparten el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

- Las condiciones abusivas del crédito.

- Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados en cada caso.

- Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario.

- La repercusión sobre el consumidor o usuarios de fallos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos que no le sean directamente imputables, así como del coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente.

- La repercusión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

- La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario.

Y, en cuanto al coste efectivo del crédito, uno de los derechos básicos de los consumidores que recoge el art. 2,1 LGDCU es el de *información*. Por su parte el art. 13 exige que los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios incorporen una información veraz del precio completo. Es claro que una de las informaciones de mayor trascendencia para el prestatario o acreditado es la del *coste total de la operación financiera*.

La LGDCU no hace referencia alguna a lo que debe entenderse por coste del crédito, que la suma de los intereses y de los restantes gastos que, directa o indirectamente hayan sido necesario para la concesión del crédito.

La expresión "directa o indirectamente", pone de manifiesto que el término gastos no engloba exclusivamente los ocasionados como consecuencia del contrato de crédito, sino todos aquellos que surjan de cualquier transacción o contrato efectuados con la finalidad de obtener el crédito. En este sentido la *Directiva 87/102 CEE* entiende por coste total del crédito: "todos los gastos del crédito, incluidos el interés y demás cargas vinculadas directamente al contrato de crédito".

**TERCERO** .- Pues bien, ahondando en lo aproximación primera sobre el "Swap" o contrato de permuta financiera, conviene precisar que, a tenor de la normativa bancaria citada, y posterior de aplicación, que la Ley del Mercado de Valores extiende su ámbito objetivo a los denominados "instrumentos financieros derivados", a los que se le aplican, con las adaptaciones precisas, las reglas previstas en la *Ley para los valores negociables (art. 2, párrafo 3º)*.

Esta extensión de la regulación propia de los valores negociables (que comporta otra de las actividades que pueden desarrollar las empresas de servicios de inversión y del ámbito de supervisión administrativa por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores), se debe al desarrollo de los mercados e instrumentos derivados que se han hecho imprescindibles para gestionar los riesgos financieros que afectan a quines frecuentan los mercados de esta naturaleza, en especial, los mercados de valores, por lo que su cabal regulación conduce a que también se disciplinen estas nuevas relaciones contractuales (swaps, fraps, opciones, futuros, etc.) que, aparecen como su complemento o corolario habituales.

De conformidad con la Ley del Mercado de Valores son instrumentos financieros derivados los contratos a plazo, los contratos de opción, los acuerdos de tipos de interés a plazo, los contratos de permuta y otros contratos de instrumentos financieros derivados cuyo "subyacente" (es decir, el activo cuyo price risk trata de cubrirse) sean valores negociables, divisas, índices o cualquier otro tipo de bien o referencia de naturaleza financiera (esto es, contratos de derivados financieros) que se negocien o puedan serlo en régimen de mercado (*arts. 2.2 a 2.8*). Pero la Ley ha ido más allá, y también considera instrumentos financieros tanto a los contratos de derivados financieros que no son objeto de negociación en un mercado secundario (por ej. Fraps y swaps), cuanto a los contratos derivados de cualquier tipo, incluso sobre "subyacentes no financieros, pero que se negocien o sean susceptibles de serlo bajo aquel régimen (*art. 2.2*)".

La *Ley del Mercado de Valores dedica su Título VII* al establecimiento de un conjunto de normas encaminadas a disciplinar la actuación en los mercados de valores, de manera que su correcto funcionamiento no se vea obstaculizado o entorpecido por conductas anómalas o irregulares. Son normas de naturaleza pública, por lo que su eventual incumplimiento comporta una infracción que lleva aparejada la correspondiente *sanción administrativa*, con independencia de la *responsabilidad civil, contractual (arts 1258 CC y 57 C. de C.)* o no, que resulte, en su caso, *exigible* al infractor por los perjuicios causados en su actuación.

Las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión contemplan en este caso la relación entre un cliente, normalmente inversor que puede calificarse, como profesional o minorista, y una entidad especializada, y establece una serie de normas que, en definitiva, desarrollan y tratan de asegurar el cumplimiento de los *deberes de diligencia, transparencia y lealtad que*, como "agentes" de su principal, *tienen las entidades que los asesoran* o que ejecutan sus órdenes. En relación con los primeros, establece la Ley que las empresas referidas deberán: i) desarrollar una gestión ordenada y prudente; ii) disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecido los controles adecuados para garantizar una gestión adecuada y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que impone la Ley; iii) asegurarse de que disponen de toda la información necesaria para sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, proporcionándoles una información clara, imparcial y no engañosa; y, en definitiva, iv) cuidar los intereses de sus clientes como su fueran propios. En punto al deber de lealtad, el

Derecho 217/2008, de 15 de febrero, les obliga a: i) organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflicto de intereses, informando y dando prioridad a los intereses del cliente cuando surjan; ii) abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis o estudio específico desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto, en el que además deberá dejarse constancia, de manera destacada, de las vinculaciones que puedan existir con la empresa o entidad; y iii) no preferir o privilegiar a unos clientes sobre otros.

b) **Normas de conducta aplicables a los emisores de valores negociados.** Constituye obligación permanente de las entidades emisoras contribuir a la correcta fijación del precio de los valores por ellas emitidos, suministrando al mercado *información constantemente actualizada*. De ahí que estén obligadas a difundir inmediatamente al mercado, mediante comunicación a la Comisión Nacional del Mercado Valores, toda la información que pueda considerarse *relevante*, esto, toda aquella cuyo conocimiento pueda razonablemente influir a un inversor para adquirir o disponer valores o instrumentos financieros, y pueda, por ello, afectar de forma sensible a su cotización en un mercado secundario (*art. 82.1 y 2 y Orden de 1 de junio de 2009*).

El contenido de la comunicación deberá ser *veraz, claro, completo* y, cuando así lo exija la naturaleza de la información, cuantificado, de manera que no induzca a confusión o engaño (*art. 82.3*). También deberá difundirse inmediatamente cualquier cambio significativo en la información *relevante* que se haya comunicado con anterioridad (*art. 6.1 RD 1333/2005*).

La Ley vigente se fundamenta en el principio general de libertad en la definición de la política de inversión, sin que, en consecuencia, las instituciones se vean limitadas o coartadas por los estrechos límites que la anterior legislación imponía. Ahora bien, sentado lo anterior, la atención legislación que institucionalmente se les asigna, y que aquella libertad respete, en consecuencia, los principios que la aseguran y que deben presidir las inversiones de estas instituciones (*art. 23*), esto es: a) el principio de liquidez, en virtud del cual las instituciones de inversión colectiva deberán tener liquidez suficiente para atender el derecho de reembolso que corresponde, en los términos legales y reglamentarios establecidos, a sus partícipes y accionistas; b) el principio de diversificación del riesgo, que apunta a un doble nivel, a la diversificación de la inversión en sí misma considerada, y a la limitación de la concentración de los riesgos de contrapartida u operativos, y c) el principio de previa definición del "*perfil de inversión*", que permite concretar las características de las acciones o participaciones que se ofrecen como objeto de inversión al público que las suscribe, comprendiéndose, por ello, que la Ley exija que el "perfil de inversión" quede debidamente reflejado en los *folletos e informes* a que ante hemos hecho referencia. Expresión destacada de esta nueva política legislativa es el reconocimiento y regulación de las llamadas Instituciones de "Inversión Libre", más conocidas como "fondos de gestión alternativa" o "hedge funds", que gozan de gran libertad y flexibilidad inversora y se destinan a inversores cualificados que, por ello, precisan de una menor protección (v. OM de 25 de abril de 2006, Circular 1/2006, de 3 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y el *Real Decreto 362/2007, de 16 de marzo*).

**Hay varias modalidades de swaps**, de intereses, mixtos, divisas, de commodities o de materias primas y de acciones. En los swaps de intereses, que se dan en los procedimientos concursales, las dos partes (banco y cliente) acuerdan intercambiarse mutuamente pagos periódicos de intereses en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal nominal pero con tipos de referencia distintos (fijo contra variable o variable contra variable) durante un período de tiempo establecido. No existen pagos recíprocos sino que las partes acuerdan compensar los saldos respectivos y el que salga perjudicado por la compensación se obliga a pagar a la contraparte la cantidad que resulte de aquélla. Toda operación de swap depende de un contrato marco o contrato de compensación de operaciones financieras (CMOP), redactado y aprobado por la Asociación Española de Banca (AEB) y Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA). En el modelo aprobado en mayo de 2009 se define su objeto: "El objeto del presente Contrato Marco es el establecimiento de un acuerdo de compensación contractual y la regulación de la relación comercial única que surja entre las partes, como consecuencia de la realización de las operaciones. Por medio del presente Contrato Marco las Partes acuerdan crear una única obligación jurídica que abarque todas las Operaciones y, en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado del Contrato Marco, las Partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas Operaciones, calculado conforme a lo establecido en el presente Contrato Marco".

Tal y como se deduce de su articulado el CMOP es un contrato independiente que no se encuentra vinculado a ninguna otra operación o contrato bancario existente entre las partes, por lo que libremente han pactado su formalización y al amparo del mismo la posibilidad de realizar una serie de operaciones de naturaleza financiera enumeradas en el contrato marco mediante el correspondiente documento de confirmación y que conforman una única obligación jurídica.

Las permutas financieras vinculadas a intereses no son sino una de las posibles manifestaciones u operaciones amparadas por el contrato marco, es decir, una más de las confirmaciones que las partes pueden ir suscribiendo.

Llegada la finalización del contrato marco, todas las obligaciones pendientes de ser cumplidas se liquidan mediante una compensación de los saldos positivos y negativos resultantes las operaciones financieras existentes entre las partes (netting).

La finalidad del contrato marco o CMOF es la reducción del riesgo de las entidades financieras consiguiendo la compensación de las liquidaciones positivas y negativas de todos los productos derivados suscritos con una misma persona física o jurídica, y como tal están previstos en el *art. 47 del Real Decreto 216/2007, de 16 de noviembre*, de modificación de la *Ley 13/1985, de 25 de mayo*, de coeficiente de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

El *art. 5 del RDL-5/2005* indica que la regulación que prevé "se aplicará a las operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con él, y define el acuerdo de compensación contractual como "el acuerdo que prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones".

El acuerdo de compensación contractual no es más que un modo de extinguir las obligaciones o un sustitutivo del pago de aquellas personas que por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (en el sentido indicado en el *artículo 1202 y 1195 del Código Civil*).

El *artículo 5.2 .c* del mencionado RDL considera operaciones financieras a las realizadas sobre los instrumentos financieros previstos en el *párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*, incluidos los derivados de crédito, las compraventas de divisa al contado, los instrumentos derivados sobre los derechos de emisión regulados en la *Ley 1/2005, de 9 de marzo*.

Las mencionadas en el *artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores* son: Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.

**CUARTO** .- Y sobre el error, como vicio del consentimiento, discutido por las partes litigantes, y resuelto por el Juzgador de instancia en forma afirmativa, el ordenamiento jurídico vela en todo caso porque el consentimiento contractual se preste por los contratantes de forma libre y consciente. Por ello, cuando el consentimiento (por lo general de una de las partes) ha sido fruto del error, de la coacción o del engaño, declara viciado el contrato y permite que sea anulado por el contratante que ha sufrido tales interferencias en la formación de su consentimiento o voluntad de contratar.

En tal sentido, dispone el *artículo 1.265* que "será nulo el consentimiento prestado por **error**, violencia, intimidación o dolo".

Según el *artículo 1.266* "para que el **error invalide** el consentimiento deberá recaer sobre la **sustancia** de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo".

Conforme a ello, el error causante de la posible anulabilidad puede recaer sobre datos objetivos del propio acuerdo contractual cuanto respecto de la otra parte contratante: en el primer caso, suele hablarse de error esencial o sustancial; en el segundo, de error sobre la persona.

El error esencial o sustancial: la referencia objetiva del error es clara en el *art. 1.266*, pues, como señalara ya la STS de 14 de junio de 1943, "al remitirse en él a las condiciones de la cosa... bien claramente enseña que la justificación del carácter esencial del error ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto".

En efecto, el error -que, con carácter general, es una falsa representación subjetiva de la realidad- debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto de contrato o condiciones de la cosa que hubiesen dado motivo a celebrarlo; por tanto, el error sustancial es simultáneamente un error de carácter objetivo.

Aunque el *artículo 1.266* se limite a prescribir que el error ha de ser esencial o sustancial, se requiere igualmente para invalidar el contrato que se trate de un error excusable. Con semejante calificación se pretende indicar que el contratante que incurre en error debe acreditar haber ejercido una diligencia normal en el conocimiento de los extremos propios del objeto de contrato y que, pese a ello, no ha logrado superar la falsa representación mental en que ha incurrido.

Con mayor claridad, la jurisprudencia -en vez de recurrir a la idea de excusabilidad- prefiere afirmar que el error "no sea imputable a quien lo padece ( SSTS de 18 de abril de 1978 y 16 de diciembre de 1957 ) o que resulta intrascendente cuando pudo evitarse mediante el empleo de una regular diligencia ( STS de 7 de abril de 1976 ).

Debe existir, finalmente, un nexo de causalidad entre el error sufrido y la celebración del contrato, de forma tal que resulta exigible probar que dicho error es determinante. Esto es, que de no haber existido error, no se habría llegado a la efectiva celebración del contrato.

Y, actuar dolosamente (con *dolo* ) significa tanto como malévola o maliciosamente, ya sea para captar la voluntad de otro, ya incumpliendo la obligación que se tiene contraída. Dolo como vicio del consentimiento, consistente en inducir a otro a celebrar un contrato que finalmente celebra y que, por tanto, incurre en error. Lo que ocurre es que, como dicho error ha sido provocado por la otra parte, el ordenamiento jurídico considera al dolo como un supuesto específico de vicio del consentimiento.

Así afirma el *artículo 1.269* que "*hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*". Por su parte, el *art. 1.270* completa la regulación del dolo vicio del consentimiento disponiendo que "*para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser grave y no haber sido empleado por dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios*".

Por tanto, para que el dolo sea causa de anulabilidad del contrato se requiere:

que el dolo sea grave, llevado a cabo con la intención, con la mala intención consciente y deliberada, de engañar a la otra parte.

El dolo determinante se contrapone así al dolo incidental, que no resulta caracterizado por el Código, el cual se limita a disponer que no tendrá consecuencias anulatorias del contrato celebrado, sino que solo dará lugar a indemnización de daños y perjuicios (*art. 1.270.2* ).

No obstante la falta de definición legal, la noción de dolo incidental es clara: es la conducta engañosa que lleva a quien, libre y conscientemente, está decidido a contratar, a aceptar unas condiciones desfavorables o perjudiciales que no hubiera aceptado de no intervenir el dolo incidental.

Además, actuar en el tráfico contractual mediante medias palabras o con reticencia es claro que atenta contra el principio de la buena fe que, por imperativo del *artículo 7.1 del Código Civil* , debe ser operante en el ejercicio de cualquier derecho.

En consecuencia, el dolo puede consistir también en conductas pasivas o *reticentes* que, resultando a la postre engañosas, induzcan a contratar a quien no hubiera llegado a hacerlo en caso de habersele hecho saber cuanto, consciente y deliberadamente, le oculta la otra parte. Dicha conclusión ha sido reiteradamente establecida por el TS: "el dolo como vicio del consentimiento contractual (es) comprensivo no sólo de la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratantes, sino también de la reticencia dolosa *del que calla o no advierte debidamente* a la otra parte... aprovechándose de ello" ( SSTS de 21 de julio de 1993 , 27 de septiembre de 1990 , 28 de noviembre de 1989 y 15 de julio de 1987 )."

Por otra parte, la nulidad del contrato representa el supuesto más grave de ineficacia. Por ello, suele ser adjetivada como nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho.

Las razones o causas que predeterminan la nulidad absoluta de los contratos son de extraordinaria gravedad. Y, en efecto, así es: "la nulidad propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho -dice la citada STS de 13 de febrero de 1985 - tiene lugar cuando el acto es contrario a las normas imperativas o prohibitivas o cuando no tiene existencia por carecer de alguno de sus elementos esenciales..., pues según el *artículo 1.261 del Código Civil* no existe si falta el consentimiento, el objeto o la causa".

Y son causas de nulidad radical del contrato:

1. La carencia absoluta o inexistencia (excluido, por tanto, los denominados vicios del consentimiento, pero no la violencia absoluta) de cualquiera de los elementos esenciales. En tal caso, de conformidad con el *artículos 1.261* , "no hay contrato".

2. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos del objeto del contrato: licitud, posibilidad y determinación.

3. La ilicitud de la causa

4. El incumplimiento de la forma sustancial.

5. La contrariedad a las normas imperativas a la moral y al orden público (cfr. *Arts. 6.3 y 1.255* in fine), en cuyo caso suele hablarse, directamente, de contrato ilegal.

Dado que el contrato nulo no produce efectos, las consecuencias de la declaración judicial de nulidad tienden a dejar las cosas en el statu quo inmediatamente anterior a la celebración del presunto contrato.

A ello atiende el *artículo 1.303 del Código Civil* : "declarada la nulidad... los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses...".

La restitución ha de tener lugar, en principio, en forma específica o in natura (devolviéndose los contratantes precisamente las cosas que fueron transmitidas en base al contrato nulo).

Y como indicaba este Tribunal en la sentencia de fecha 16-junio-2009 que: "Respecto de los vicios de consentimiento, concretamente relativos al dolo civil y al error, conviene precisar, siguiendo la mejor doctrina, que el ordenamiento jurídico vela en todo caso porque el consentimiento contractual se preste por los contratantes de forma libre u consciente. Por ello, cuando el consentimiento (por lo general de una de las partes) ha sido fruto del error, de la coacción o del engaño, declara viciado el contrato y permite que sea anulado por el contratante que ha sufrido tales interferencias en la formación de su consentimiento o voluntad de contratar.

En tal sentido, dispone el *artículo 1.265* que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia intimidación o dolo".

Según el *artículo 1.266* , "para que el error invalide el consentimiento deberá recaer 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. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo". Conforme a ello, el error causante de la posible nulidad o anulabilidad puede recaer sobre datos objetivos del propio acuerdo contractual cuanto respecto de la otra parte contratante: en el primer caso, suele hablarse de error esencial o sustancial; en el segundo, de error sobre la persona.

La referencia objetiva del error es clara en el *artículo 1.266* , pues, como señalara ya la STS de 14 de junio de 1943 , "al remitirse en él las condiciones de la cosa... bien claramente enseña que la justificación del carácter esencial ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto".

Aunque en el *artículo 1.266* se limite a prescribir que el error ha de ser esencial o sustancial, se requiere igualmente para invalidar el contrato que se trate de un error excusable. Con semejante calificación se pretende indicar que el contratante que incurre en yerro debe acreditar haber ejercitado una diligencia normal en el conocimiento de los extremos propios del objeto del contrato y que, pese a ello, no ha logrado superar la falsa representación mental en que ha incurrido.

Con mayor claridad, la jurisprudencia -en vez de recurrir a la idea de excusabilidad- prefiere afirmar que el error "no sea imputable a quien lo padece ( SSTS de 18 de abril de 1978 y 16 de diciembre de 1957 ) o que resulta intrascendente cuando pudo evitarse mediante el empleo de una regular diligencia ( STS de 7 de abril de 1976 ).

Debe existir, finalmente, un nexo de causalidad entre el error sufrido y la celebración del contrato, de forma tal que resulta exigible probar que dicho error es determinante. Esto es, que de no haber existido error, no se habría llegado a la efectiva celebración del contrato.

Por otra parte, actuar dolosamente (con dolo) significa tanto como malévola o maliciosamente, ya sea para captar la voluntad de otro, ya incumpliendo la obligación que se tiene contraída.

Dolo como vicio del consentimiento, consiste en inducir a otro a celebrar un contrato que finalmente celebra y que, por tanto, incurre en error. Lo que ocurre es que, como dicho error ha sido provocado por la otra parte, el ordenamiento jurídico considera al dolo como un supuesto específico de vicio del consentimiento.

Así afirma el artículo 1.269 que "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho". Por su parte, el artículo 1.270 completa la regulación del dolo como vicio del consentimiento disponiendo que "para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser grave y no haber sido empleado por las partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios".

Y que: "En consecuencia, el dolo puede consistir también en conductas pasivas o reticentes que, resultando a la postre engañosas, induzcan a contratar a quien no hubiera llegado a hacerlo en caso de habersele hecho saber cuanto, consciente y deliberadamente, le oculta la otra parte. Dicha conclusión ha sido reiteradamente establecida por TS: "el dolo como vicio del consentimiento contractual (es) comprensivo no sólo de la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte... aprovechándose de ello" ( SSTS de 21 de julio de 1993 , 27 de septiembre de 1990 , 28 de noviembre de 1989 y 15 de julio de 1987 )."; y en lo de fecha 26-noviembre-07 que: "El artículo 1.265 del Código Civil declara nulo el consentimiento prestado por error o dolo, exigiendo el artículo siguiente que, para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer 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. El error constituye un **falso conocimiento** de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una **declaración no efectivamente querida** , y para que pueda provocar la nulidad relativa del contrato, debe reunir los dos siguientes fundamentales requisitos: A) Que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, referida a las cualidades esenciales de la cosa (entre otras muchas STS de 17 de mayo de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990 ), no pudiendo nunca constituir este vicio, el mero error de cálculo, o de las previsiones o combinaciones negociales ( STS de 27 de mayo de 1.982 , 17 de octubre de 1.989 ). B) Que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta. ( STS de 4 de diciembre de 1.994 y 21 de mayo de 1.997 , que, a su vez, citan otras muchas). 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 del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte, que la merece por la confianza infundida por la declaración ( STS de 28 de septiembre de 1.996 ). En la STS de 21 de junio de 1.978 se señala que la exigencia del requisito de la excusabilidad del error de un contratante se base además de en el principio de la responsabilidad, en los de protección de la buena fe y seguridad en el comercio jurídico, pues hay que entender que el principio de responsabilidad comercial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica antes de comprometerse.

Tales vicios han de ser apreciados con extraordinaria cautela y con carácter excepcional o restrictivo, en aras a la seguridad jurídica y al fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que la carga de la prueba incumbe a quien lo alega, y debe quedar cumplidamente probado. ( STS de 30 de junio de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990 , entre otras); en la de 27-mayo-2005 que: "Como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 22 noviembre 2002 y en la reciente de 15 septiembre 2004 , el artículo 1.265 del Código Civil declara nulo el consentimiento prestado por error o dolo, exigiendo el artículo siguiente que, para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer 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.

El error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, y para que pueda provocar la nulidad relativa del contrato, debe reunir los dos siguientes fundamentales requisitos:

A) Que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, referida a las cualidades esenciales de la cosa(entre otras muchas STS de 17 de mayo de 1988 EDJ 1988/4194 y 4 de diciembre de 1990 EDJ 1990/11079), no pudiendo nunca constituir este vicio, el mero error de cálculo, o de

las previsiones o combinaciones negociales ( STS de 27 de mayo de 1982 EDJ 1982/3419 , 17 de octubre de 1989 EDJ 1989/9187).

B) Que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta. ( STS de 4 de diciembre de 1994 y 21 de mayo de 1997 EDJ 1997/4900, que, a su vez, citan otras muchas).

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 del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte, que la merece por la confianza infundida por la declaración ( STS de 28 de septiembre de 1996 EDJ 1996/6436). En la STS de 21 de junio de 1978 EDJ 1978/215 se señala que la exigencia del requisito de la excusabilidad del error de un contratante se base además de en el principio de la responsabilidad, en los de protección de la buena fe y seguridad en el comercio jurídico, pues hay que entender que el principio de responsabilidad comercial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica antes de comprometerse.

Tales vicios han de ser apreciados con extraordinaria cautela y con carácter excepcional o restrictivo, en aras a la seguridad jurídica y al fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que la carga de la prueba incumbe a quien lo alega, y debe quedar cumplidamente probado. ( STS de 30 de junio de 1988 y 4 de diciembre de 1990 , entre otras)."; y en la de 18-octubre-2004 que: "Como punto de partida para dilucidar la controversia planteada en esta alzada, es oportuno poner de relieve, como ya hizo el Juzgador de primera instancia, que para que el error sea invalidante del consentimiento en los términos previstos en el *artículo 1266 del Código Civil* es preciso que aquél sea esencial y excusable, tal como ha precisado el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de julio de 2002 , con cita de otras anteriores, al señalar que "ha de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 9 de abril de 1980 , 4 de enero y 27 de mayo de 1982 y 14 de febrero de 1994 , entre otras) respecto a que el error en el objeto, al que se refiere el *párrafo 1º del artículo 1266 del Código Civil* que se cita como infringido, será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) Ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste. b) Que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración ( sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994 )".

Por otro lado, de conformidad con las normas sobre carga de la prueba contenidas en el *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , se presume que todo consentimiento contractual ha sido prestado válida y eficazmente, de manera que incumbe la carga de la prueba de un vicio del consentimiento a quien afirme la existencia de tal vicio susceptible de comportar la anulabilidad del vínculo contractual."

En el mismo sentido y finalidad, la SAP Asturias de 27.1.10 por la que: "La Sala aprecia el error en el consentimiento del actor a los contratos de permuta financiera suscritos con la entidad bancaria demandada, al no haber sido previamente informado de las valoraciones respecto al contrato anterior en el tipo de interés, por lo que se declara en esta alzada su nulidad.

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

Del mismo modo debe rechazarse desde ya la aplicación al caso de la L.G.D.C. habida cuenta de que el recurrente no ostenta la condición de consumidor como también la genérica invocación de la Ley de

**Condiciones Generales de la Contratación** (Ley 7/----- de 13 de abril ) pues por el recurrente no se concreta en el escrito rector cuales de aquellas condiciones incurrir ----- de claridad e imprecisión pareciéndonos, ante al contrario, que el examen del Anexo de los sendos contratos en el que contienen las condiciones principales, en sustancia, no guarda especial complejidad, si atendemos a la mecánica propia, -----, de contratos como el suscrito (en este sentido, también, SAP Madrid secc 13 9-10 - 7-2-2.009 ).

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

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

Y sorprende su acumulación porque la nulidad, de ser declarada, conlleva la restitución de lo recibido por uno y otro de forma que no habría pie para una condena indemnizatoria por incumplimiento dando lugar a la acumulación incompatible (art. 71.2 y 3 Ley de Enjuiciamiento Civil ) no oportunamente resuelto en la instancia (art. 73.4 Ley Enjuiciamiento Civil ).

Dicho todo lo cual, queda el debate centrado en la pretendida declaración de nulidad por error fundada, en sustancia, en ----- por el recurrido del deber de lealtad y fidelidad al cliente y de proporcionarle adecuada y suficiente información (en este sentido dice el párrafo 4º 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 capacidad de 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 escritos 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, mediante la documentación contractual y 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 es la 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 de 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 mas 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 ---- 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 la 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 minoristas, a las 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 ente no profesional, incluidos los potenciales; ente 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 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 núm. 3,4 y 7*).

Luego, el *R.D. 217/2008 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 les es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones ----, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber --- hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (*art. 7 Código Civil*) cuando es dicho contratante quien, ----, 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 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 fase tiene que ver con la entidad bancaria como contratante interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap ---- espejos en el sentido de que las obligaciones por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente interesados, sino en razón al propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que el interés no se confunde con el del cliente.

Y, otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se haya sujeta a una inacabada polémica sobre la 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 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 ha de valorar 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 ---- del mismo y el error alegado y es que la consideración objetiva de la causa de l os contratos ha llevado a rechazar la ---- con los motivos o previsiones de cada parte al contratar (SES 27-5-1982, 29-11-89 ra 7921, 4-12-8727 y 1-4-98 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 /2007) ni por tanto, tampoco, en fin pudiera alegarse error por ---- de la previsión o combinaciones negociales respecto de hechos ocurridos durante la fase de consumación del contrato ----- 17-10-1989.

Ahora bien, también ha matizado la doctrina jurisprudencial que los motivos integran la causa del contrato cuando ----, es decir, cuando son asumidos por ambas partes ( STS 21-3-2003 ; 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 ----- con los móviles o motivos internos de cada interesado-

es conocida esa diferencia de los motivos en que termina por los móviles con trascendencia jurídica, que incorporados a la declaración de voluntad en forma de condición o ---- forman parte de aquélla a manera de motivo esencial impulsivo o determinante"; mas, se repite, según la información que ---- ese principio jurisprudencial la conjunción entre ambos es posible sobre todo si al ser lícitos los móviles particulares que ----- explican el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado, coadyuvan el hallazgo de aquel designio de razonabilidad" ( STS 29-11-1989 ).

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 es ajena al propósito y finalidad que guiaba al actor al concertar los contratos litigiosos, antes por 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 2004 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 aplicación de forma que, en fin, el elemento aleatorio que pueda apreciarse en este tipo de contratos no debe, a nuestro juicio ----- como óbice a la apreciación del posible error como tampoco que su denuncia se produzca consumado el contrato ---- 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 proceder incide el actor y recurrente en infracción el principio de actos propios, tal argumento debe de entenderse como negación de la convalidación del negocio, en forma tácita, por actos de que tuviere derecho a ejecutar la acción de nulidad que impliquen necesariamente la voluntad de renunciarla (art. 1.311 CC) pues por algún sector doctrinal se ha identificado manifestación tácita de renuncia como una del genérico principio que proscribía 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 ---- que se dota de tal carácter este el cumplimiento voluntario de la prestación o el aprovechamiento de los efectos del negociador quien pudiera ejercer la acción de nulidad, no se ha producido en el caso ni lo uno ni lo otro al tratarse de liquidaciones practicadas en la cuenta asociada a los contratos litigiosos con resultado negativo para el recurrente.

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

--- esta liquidación suceden otras dos semestrales también negativas y gravosas, y, luego, una última, que nolo es no pareciendo que pueda entenderse la pasividad del actor como voluntad de convalidar el contrato; por el contrario, en octubre del año 2.0--- emite misiva al Banco interesando el coste de su cancelación anticipada quien, según recoge la resolución de C.M.V., le informa de que sería de 30.900 # (Dct. 3 de la demanda).

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

La fuerza ha de reiterarse; el cliente del Banco es una entidad dedicada a la hostelería que buscaba con la contratación de permutas de intereses protegerse frente a las fluctuaciones del mercado; el Banco tomó la iniciativa de la cancelación del contratante y su sustitución por otros con distintas condiciones que él elaboró y decidió presentándolo a la firma del cliente asumiendo 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 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 de cambio.

Por otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, ----- variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de previsiones de fluctuación del interés variable (euribor).

Las 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 fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.

Al contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato. 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 dicho tipo referencia.

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 referencia. 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 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.

Previamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de 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 RD 2172.008*, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonablemente respaldados por datos objetivos" (letra b).

Es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en el segundo semestre del año 2006 el euribor sufrió una fluctuación a 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 --- 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 aplicar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuera confidencia y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente.

Quedan así y, por tanto, ajuicio del Tribunal las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STC 26-6-2000 : "recaer sobre la cosa que constituye su objeto 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 ---- 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 febrero 1994 , y 11 de mayo 1998 . Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren 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 error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ( SS 4 enero 1982 y 28 septiembre 1996 .".

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

Idem las de AP Zaragoza de 12-2-10; id 1ª Inst. nº 6 Vigo de 26-3-10 ; J. Mercantil nº2 Bilbao de 15-3-10 ; con más la jurisprudencia que, al respecto, citan.

**QUINTO** .- A la luz de la compleja normativa reseñada y de las precedentes enseñanzas jurisprudenciales, este Tribunal, tras el análisis detenido del material probatorio desplegado, concuerda las consideraciones y las conclusiones que desgrana el Juzgador de instancia en la resolución impugnada que, por acertadas, se hacen propias, respecto del déficit de información clara y precisa que debía recibir la actora en cuanto a las condiciones a asumir del contrato financiero complejo, provocándole error en el consentimiento, sustancial y excusable, y determinante para celebrar o suscribir tal contrato, y ese déficit

informativo se mantuvo hasta y durante el vencimiento anticipado.

Son circunstancias subjetivas y coadyuvantes del error como vicio del consentimiento, en este caso:

a) la protección del cliente, tanto particular como empresario no acostumbrado al riesgo, ni a este tipo de producto financiero.

b) La entidad bancaria es la experta y debe informar clara y suficientemente a sus clientes.

c) La actora era cliente habitual del "Banco de Santander", y nunca había operado con productos de riesgo, inversión o permutas de tipos de interés, como el caso que nos ocupa.

d) El ofrecimiento del "swap" partió, como es, de la entidad bancaria, con un coste mínimo; y se suscribió a 27-11-06, en base a la confianza existente entre partes.

e) No es suficiente aceptar y conocer los riesgos inherentes y/o derivables de las operaciones: la demandada debe asesorar suficientemente a su cliente, y no corresponde a éste prever las ventajas e inconvenientes ni los cálculos de riesgos (véase cláusula adicional de la Confirmación-Swap).

f) La actora no tiene capacidad ni especialidad para deducir trimestralmente los resultados, a pagar o abonar o compensar, a través de las "fórmulas de Anexo II del Contrato-Marco", que se trasladaron a la Confirmación de Permuta Financiera de tipos de Interés (Swap Bonificado Reversible Medio) -f. 182 a 189 de autos, a 28-11-06.

g) Tampoco es suficiente la información escrita del Anexo de la Confirmación-Swap (f. 186-187).

h) La contratación del presente "swap" es una práctica de mal asesoramiento, a falta de advertencia de riesgos y pérdidas potenciales ante una bajada de tipos; y para que la actora no cancelara sus pólizas y préstamos.

i) La entidad "M. Polo, SL" no es profesional con conocimientos para decidir sobre inversiones y valorar correctamente sus riesgos (art. 78-bis de la Ley MV-24/98), ni fue adecuada, clara y suficientemente informada sobre tal instrumento financiero, gastos, costes y riesgos de general forma, ni específicamente sobre los del "swap" de autos (arts. 14, 16 y 5 del RD- 629/1993), ni asesorada profesionalmente antes, durante y después de la Confirmación, sobre todo de las bajadas. Y no concertó la permuta financiera como parte de su actividad empresarial (véase objeto social al f. 368-9).

j) La actora no cuenta con un director financiero sino un oficial 1ª administrativo, que ejerce labores de contable, pero ello no asegura conocer y dominar el producto, su funcionamiento y alcance, siquiera razonablemente; ni lo cubría a tales efectos su representante legal (véase manifestaciones del Sr. Everardo, en el acto del juicio).

Son circunstancias objetivas, y asimismo coadyuvantes, del error esencial o sustancial y excusable, en este caso:

a) hasta la fecha de suscribir el "swap" la actora había concertado con el banco operaciones varias, como pólizas de negociación y descuento de efectos con límite máximo y término final, pólizas de crédito de anticipo sobre pagarés, y de documentos mercantiles, contratos de arrendamiento financiero, de préstamos personales, póliza de crédito de anticipo de facturas, certificaciones de obra y suministro, de renovación de póliza de crédito, desde 23-10-00 a 23-11-05.

b) Que las operaciones anteriores son resultantes del tráfico normal de la empresa, que sólo llevan el TAE como único concepto a informar y entender; de importes máximos de 300.000.- Euros, 113.232.- Euros y a amortizar entre 36 y 60 cuotas mensuales, y 180.303,63.- Euros, respectivamente, hasta un total de 1.160.582,51.- Euros.

c) La operación de "Swap" es de riesgo, compleja en el entendimiento, contenido, desarrollo y liquidaciones periódicas, y sobre su vencimiento anticipado, y fue ofrecida por el banco a la actora como en tendencia alcista.

d) El folleto informativo, entregado con posterioridad a la suscripción del contrato, es insuficiente, máximo al basarse en un antecedente "Contrato Marco"; confirmado en el contrato de "Swap" bonificado reversible Media (f. 172 a 189 de autos).

e) En base al riesgo bancario de la actora, no había necesidad de asumir altos riesgos financieros, ni el "swap".

f) El contrato Marco de Oposiciones, si bien las detalla, no explica claramente qué son circunstancias objetivas sobrevenidas; como tampoco el cálculo del "valor de mercado" como media aritmética de tres o más valoraciones genéricas, como, igualmente lo es la determinación a precios de mercado de la "valoración sustitutiva", ni sus consecuencias y coste del vencimiento anticipado, y asimismo genérico el criterio de "valor de mercado" (ad exemplum, cláusulas 14-2-2).

g) El "swap" garantizaba el cobro por el banco de saldos negativos de toda clase de cuentas, a la hora de aplicar su cantidad a pagar.

h) Así como el banco pagaría *trimestralmente* un tipo variable, el cliente pagaría *anualmente*, y según los casos o un tipo fijo o un tipo variable medio trimestral menos el diferencial (que en el caso no hay). Véase periodos, tipo fijo, tipo Cap, tipo barrera, como f. 183 de autos, sin explicaciones ni información adicional; y modo de liquidación.

i) El importe nominal (4.000.000.- Euros) excede un 400% el riesgo bancario bruto y normal de la actora, por lo que la línea de financiación a través del swap no era rentable respecto de los tipos de interés aplicables.

j) La consistencia del producto suscrito es inexistente al aludir a una genérica visión de subida de tipos de interés, a una indeterminada moderación cuanto menor fuere la distancia ente el tipo fijo y el tipo barrera, y a la inversa; y ante escenarios posibles diferentes (véase cuadrante como f. 186).

k) Volviendo al folleto informativo (f. 190 a 205) y genérico sobre *inflación subyacente moderada pero al alza, sobre riesgos al alza pero con* inflación *subyacente moderada pero al alza, sobre riesgos al alza pero con inflación* probablemente moderada, tipos de interés a corto plazo por debajo de lo habitual, y subirán aún más; idem los tipos de interés a largo plazo, pero no excesivamente, mínimos ajustes en el "swap" de autos; cobertura del alza de los tipos de interés recoge la *única desventaja* de que ante el evento de una subida de tipos *mayor de lo esperado*, el cliente se quedará endeudado a tipo de interés variable; *no se contemplan posibles bajas de los tipos de interés* en los distintos plazos y ejemplos.

Es evidente que tal folleto informativo es insuficiente, incompleto e inconcreto, máxime cuando el banco reconoce que algunas operaciones financieras pueden conllevar riesgos considerables y no son adecuadas para todo tipo de inversores. Aconsejamos al cliente realizar un estudio independiente de la operación y llegar a sus propias conclusiones en relación con los aspectos legales, fiscales, y contables de la transacción propuesta, ya que ésta puede estar relacionada con sus activos o pasivos, objetivos de control de riesgo y nivel de riesgo admisible. Las opiniones expresadas y la información y las características financieras y económicas no son en ningún caso definitivas, y pueden variar sin previo aviso; y sin concreción ulterior ni posterior información actualizada."

Idem, la Resolución del "Banco de España", de fecha 24-junio-09, e informes como f. 588 a 594 de autos.

Y son circunstancias integradoras del nexo de causalidad, entre error y daños y/o perjuicios, además y no menos relevantes, las siguientes:

a) la afección de indeterminados factores a la cobertura del producto.

b) La *cancelación anticipada* puede acordarse entre partes; se realizaría a precios de mercado (totalmente indeterminado) -según consideración final del Anexo-.

En cambio el banco podía ejecutar tal garantía; sin necesidad de ejecutar otras previamente y compensar saldos (f. 188-189).

La *desproporción entre las recíprocas prestaciones* es evidente; y a favor siempre de la entidad bancaria.

c) desde 4-12 a 4-12-07, el "swap" proporcionó un saldo favorable a la actora de 13.117,44.- Euros; desde 5-12-07 a 4-12-08 el de 30,17.- Euros; de los que en modo alguno se deduce una mejor financiación de la empresa, según alega el perito economista de la demandada.

d) Es **inconcretado, en su importe, el vencimiento anticipado**, con remisión a los precios de mercado; fue concretado por la demandada en nada menos que 300.867.- Euros (f. 210), sin determinar las variables aplicables para ello e importes, salvo a 24-11-09 (f. 211); y sólo a tal fecha, y no antes, el banco ofrece una reestructuración (varios opciones) y una financiación aparte de la liquidación *negativa* (f. 212); que además fue cargada en la póliza de crédito suscrita a 9-10-09.

e) El **coste de la cancelación fue reducido a 161.000.-** Euros pero dotando el crédito de una garantía hipotecaria (f. 227).

f) Por lo anterior, es evidente que el "swap" **no ha mejorado la financiación de la actora al no ver aminorado los tipos de interés variables al alza**; que contrariamente fue ofrecido a "M. Everardo, SL" y le produjo error en el consentimiento al desconocer todos los riesgos y datos relevantes; *sin información detallada ni suficiente ni clara*, ante un producto complejo, *ni sobre el desarrollo y alcance ni sobre incertidumbres*, teniendo en cuenta que el "swap" no es un instrumento de cobertura contable sino de cobertura económica, pero no ha resultado útil para reducir el riesgo de financiación de la actora.

En definitiva, ha quedado cabalmente acreditada según este Tribunal, en concordancia con el Juzgador de instancia, la existencia de un error sustancial e inexcusable en el consentimiento prestado por la actora al contratar el "swap" de referencia con el "Banco de Santander".

En el mismo sentido y finalidad, las Sentencia de la

AP Jaén de 27-3-09 que: "Atiende la Sala a la alegación de la parte actora sobre el error en el consentimiento, como **causa** para declarar la nulidad del contrato. Señala que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros teniendo en cuenta la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a el instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas, sin que en el caso de autos se cumpliera el deber informativo que exige la legislación vigente, ya que no consta que se le hubiera proporcionado al cliente la documentación necesaria para conocer el verdadero objeto o contenido del contrato. Considera que la confusión en la que el actor se encontró a la firma del contrato marco y de la confirmación ulterior es patente, a la vista del clausulado contractual."; y Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18-6-09; y AP Pontevedra de 7-4-10: La AP estima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y revocando la sentencia de instancia se declara la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros suscritos con la demanda, al tratarse de productos financieros y complejos y de alto riesgo sin que se haya informado debidamente al respecto y, por tanto, concurrir vicio en el consentimiento; y las STS que las mismas recogen; y, por todas la Sentencia de esta Audiencia Provincial, de fecha 17-diciembre-2010 por la cual: "En efecto, dejando aparte que el escrito de fecha 20 de agosto de 2008 es la contestación del servicio de atención al cliente dirigida por Barclays a la mercantil Balear Incoming Services en la que reconoce que la información por escrito de las condiciones y características del producto se facilitaron con posterioridad a la firma del contrato en el que no se indica de forma expresa el producto contratado, lo cierto es que en el escrito invocado de fecha 4 de septiembre de 2008 dirigido por el cliente a la entidad bancaria en contestación al citado de 20 de agosto no se reconoce que la entidad bancaria diera cumplimiento al derecho de información al tiempo de la celebración del contrato puesto que se limita a reconocer que "unas semanas más tarde y sin saber que producto habíamos contratado el pasado día 5 de junio de 2007..." "el director de la oficina nos entregó unas copias de color blanco y negro...", par concluir que sólo les explicaron a medias un producto que les interesaba contratar y que en la orden firmada no se indicaba que producto se contrataba, lo que pone de manifiesto la innegable falta de información al cliente en el momento de la firma del contrato bancario de administración de valores que impone la normativa a las entidades de crédito- *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de crédito y Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores, Circular del Banco de España de 7 de septiembre de 1990* - en protección del cliente, que tiene su reflejo en la formación de la voluntad contractual (art. 1261 y ss CC), como ocurre en el presente caso, y, sin que pueda extraerse del contenido dicho documento la infracción de la doctrina de los actos propios, que veda ir contra los mismos, pues éstos solo son los de significación inequívoca en orden a crear, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas, de modo que la actuación posterior contraria revela una falta de coherencia tal en el tráfico que se estima vulnera el principio de confianza en el comportamiento anteriormente observado, cuyo respecto, como manifestación de la buena fe objetiva, ha de exigirse en el ejercicio de los derechos (Art. 7.1. CC).

TERCERO . Al razonar el segundo motivo sostiene la entidad recurrente que el desconocimiento del

producto no puede ser incardinado como error en el consentimiento, puesto que el desconocimiento sería única y exclusivamente imputable a la entidad que lo alega por la falta de diligencia exigible a la entidad que lo alega por la falta de diligencia exigible en sus inversiones bancarias como empresario experimentado en inversiones inmobiliarias, negando la existencia de error esencial e invalidante del consentimiento que aprecia la sentencia apelada. El motivo se funda, en síntesis, en que el error de consentimiento no puede determinar la nulidad cuando es imputable a quien la padece por haberse podido evitar con una regular diligencia.

Siendo cierto es que la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, es invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancia o esencial, es decir, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o , en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste ( Sentencias de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004 ); y, por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración ( STS de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994 , que se citan en la de 12 de julio de 2002 , y cuya doctrina se contiene, a su vez, en las de 24 de enero de 2003 , 12 de noviembre de 2004 y 17 de febrero de 2005 ). Ahora bien, no es menos cierto que en el caso el desconocimiento por el cliente del producto que se le ofreció y contrató no puede atribuirse a su conducta negligente sino, como afirma la sentencia apelada, a la falta de preceptiva información por parte del a entidad bancaria al momento de suscribir el contrato o una información incompleta de las características del producto y la esencia duración del mismo, sin que la dedicación a negocios inmobiliarios suponga ser que la dedicación a negocios inmobiliarios suponga ser experto en inversiones financiera, como se afirma por la entidad recurrente, máxime cuando a la firma del contrato no se le había proporcionado al cliente los folletos informativos del tipo de inversión ni siquiera concretado en que consistía la misma al referirse exclusivamente a bonos estructurados sin conocimiento claro y exacto de lo que se le ofrecía y sus consecuencias al tratarse de una inversión de riesgo no garantizada, por lo que mal podía analizar los riesgos de igual forma que en su inversiones inmobiliarias, como sostiene la recurrente en el desarrollo del motivo que se desestima.

El último motivo pretende la confirmación del contrato por no haber formulado la entidad depositante protesta alguna sobre la información y características del bono, lo que no es dable al tratarse de un negocio nulo y con ello no susceptible de ser convalidado, a tenor del *artículo 1.310 del Código Civil* y doctrina jurisprudencias que proclama que la confirmación sólo opera en los contratos anulables pero no en los nullos con nulidad absoluta - SS.TS. de 11 de diciembre de 1986 , 4 de noviembre de 1996 , 21 de enero de 2000 y 20 de noviembre de 2001 , por todas"-; y id Juzgado de 1ª Instancia 48 Madrid de 14-6-10 , nº 6 Madrid de 30-3-10 ; Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona de 30-11-09 ; y Juzgado Mercantil nº 4 Barcelona de 28-9-09 ; con más la jurisprudencia que, al respecto, citan.

**SEXTO** .- La desestimación del recurso obliga a imponer a la parte apelante-demandada las costas procesales causadas en esta alzada, en estricta aplicación de los principios objetivo y de vencimiento, y conforme a lo prevenido en los *art. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

En atención a todo lo precedentemente expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca HA DECIDIDO:

## FALLAMOS

1º) **Desestimar el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª. Julia de la Cámara Meneiro, en representación de "Banco de Santander, SA"**, contra la Sentencia de fecha 25-enero-2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Maó, en los autos de Juicio Ordinario nº 244/2010, de que dimana el presente Rollo de Sala; y en su virtud,

2º) Confirmar la totalidad de pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

3º) Se imponen a **la parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada.**

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

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.