

Roj: SAP IB 1610/2011
Id Cendoj: 07040370052011100290
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 5
Nº de Recurso: 177/2011
Nº de Resolución: 274/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA COVADONGA SOLA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE CONTRATOS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00274/2011

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000177 /2011

SENTENCIA Nº 274

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª COVADONGA SOLA RUIZ

En Palma de Mallorca a veintidós de julio de dos mil once.

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mahón, bajo el número 557/10, Rollo de Sala número 177/11, entre partes, de una, como demandada apelante BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (BBVA), representada por el Procurador de los Tribunales DON JUAN REI NO SO RAMIS y asistida del Letrado DON JUAN BUADES FELIU y, de otra, como demandante apelado DON Pascual , representado por el Procurador de los Tribunales DONA MARIBEL JUAN DANUS y asistido del Letrado DON JUAN MANUEL LAFUENTE MIC.

ES PONENTE la Ilma. Magistrada Dª COVADONGA SOLA RUIZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mahón, en fecha 10 de febrero de 2011, se dictó Sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente "QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador Sr. Hernández, en nombre y representación de D. Pascual contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., y en consecuencia debo declarar y declaro la nulidad absoluta del contrato que enmarca la operación de permuta financiera

procediendo la demandada, una vez compensados cargos y abonos, a devolver el diferencial resultante con más los intereses legales desde la fecha de esta sentencia y ello sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas".

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 21 de junio del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones se interesa por la parte demandante se declare la nulidad del contrato celebrado con la entidad demandada en fecha 29 de septiembre de 2008, denominado STOKPYME I - BONIFICADO, argumentando a tal fin y en síntesis, haber mediado error en el consentimiento prestado toda vez que la entidad demandada no le suministró la información necesaria sobre las características del producto contratado, haciéndole creer que simplemente se trataba de un seguro de tipo de interés, para evitar la afectación de las modificaciones al alza.

A dicha pretensión se opuso el demandado alegando, en suma, que la información proporcionada al accionante fue precisa y suficiente, que en cualquier caso los términos del propio contrato son claros para poder conocer el producto y las ventajas y riesgos que lleva implícito; que el actor no es profano en la materia, pues como empresario tiene concertadas diversas operaciones bancarias, de cierta complejidad, no dándose, en consecuencia, error alguno en el consentimiento al contratar.

La Sentencia de instancia tras analizar la complejidad del contrato y que el cliente no tuvo a su alcance toda la información precisa para conocer los riesgos que conllevaba la operación, considera probado la concurrencia del vicio de consentimiento denunciado y estima en su integridad la demanda, pronunciamiento contra el que se alza la entidad demandada, reproduciendo como motivos de impugnación y en esencia, los mismos argumentos esgrimidos en su escrito de contestación a la demanda.

En sentido inverso, la parte apelada, oponiéndose al recurso, ha interesado la confirmación de la resolución recurrida con expresa imposición de las costas procesales devengadas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos del debate, comenzar señalando que este Tribunal, revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, no puede sino compartir, por acertada, la totalidad de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la estimación de la demanda, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada, pues es sabido que, como entre otras ha indicado la STS de 9 de junio de 2000, es compatible la fundamentación por remisión con el mandato del *artículo 120.3* según reiteradamente ha sido declarado por el Tribunal Constitucional (SSTC 174/1987, 24/1996, 115/1996, 184/1998, 206/1999, 13/2001, entre otras), siendo que, además, la recurrente, no desvirtúa a través de las alegaciones que expone en su escrito de recurso, aquellos argumentos, sino que mas bien efectúa una interpretación sesgada y parcial del resultado de la prueba practicada, para adecuarla a sus intereses.

Ello no obstante, incidiremos en el análisis de los tres pilares fundamentales en que se basa aquella decisión, cuales son, la naturaleza jurídica del producto concertado, el deber de información que incumbe a las entidades financieras para con sus clientes y por último si como consecuencia del incumplimiento de aquel deber, puede o no considerarse que el consentimiento prestado por el demandante al suscribir el contrato estaba viciado y en consecuencia, procede declarar su nulidad.

TERCERO.- Respecto a la naturaleza del contrato objeto de la presente litis, este mismo Tribunal en la reciente sentencia de 20 de junio de 2011, ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre pretensiones similares al caso que ahora nos ocupa, y sintetizando lo allí expuesto, cabe destacar que "el swap de tipo 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 contrario, 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...

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".

La SAP de Cáceres de 18 de junio de 2010, lo define como "aquella operación -contrato-, por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un período de duración acordada. También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como "un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable". En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, término que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el artículo 20.1.18º, d) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera, o la Circular 1/1991 del Banco de España que desarrolla diversas medidas sobre liberación del contrato de cambios dentro de la pauta marcada por el RD 1816/1991 de 20 de diciembre. Por otro lado, el Real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril, de medidas de reforma económica, en su artículo 19 regula los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios. Igualmente, estos contratos de cobertura de riesgos de incremento de tipos de interés se regulan en la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica...

Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del *artículo 1.255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio*, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial), los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital), limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o sólo y mas simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor... Debe señalarse que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del *artículo 1.799 del Código Civil*, atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes. La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente al alza, de los tipos de interés variable. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian".

Y en similar sentido la SAP de Avila de 27 de enero de 2011 lo define como "una transacción financiera en virtud de la cual dos agentes económicos acuerdan el intercambio de flujos de pagos en el tiempo y, en concreto, tratándose de swaps de interés, el intercambio sobre un capital nominal de referencia de los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto sobre dicho nominal, a un plazo determinado, y ello al objeto de posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las pérdidas que puedan padecer por fluctuaciones de los tipos de interés, buscando un endeudamiento más favorable en función del previsible comportamiento del mercado de dinero, no está resultado en nuestro ordenamiento, no obstante lo cual es unánime la doctrina en considerar que nada impide que al amparo de lo dispuesto en los *artículos 1255 del Código Civil, 50 y siguientes del Código de Comercio*, sea admitida esta modalidad negocial, siempre que su clausulado respete los principios y normas generales de la contratación, y es identificado por los tratadistas como contrato de permuta financiera, cuyas características son las de un contrato único, principal, atípico aunque mencionado en algunos cuerpos legales - v. gr. *Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido*, *Real Decreto 1816/1991 de 20 de diciembre*, etc.-. consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada; además, el swap de tipo de interés tiene un innegable carácter aleatorio, que alguna resolución judicial ha tildado de especulativo y parte de la doctrina lo considera intuitu personae"

CUARTO.- Indiscutida conforme a las definiciones apuntadas la complejidad y aleatoriedad del contrato, se hace igualmente necesario dejar sentado que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar un servicio y se perfeccionan por el mero consentimiento, concurriendo el objeto y la causa, cualquiera que sea su forma (como regla general) y desde entonces tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, todo ello de acuerdo a las normas generales de las obligaciones y contratos, en especial, los *artículos 1.088, 1.091, 1.254, 1.258, 1.261 y 1.278 del Código Civil*, sin que la validez y cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y, por otro lado, que en virtud del principio de libertad de pactos que establece el *artículo 1.255 del Código Civil* no existe en nuestro derecho un "numerus clausus" de contratos y de ahí que al lado de los nominados o típicos sean válidos también los innominados o atípicos, que a diferencia de aquellos, se regirán, en primer lugar por lo convenido por sus propias partes, en su defecto, por las normas de los contratos nominados que les sean afines y, en último término, por los principios generales de las obligaciones o contratos.

Asimismo se ha de tener en cuenta que en la vida del contrato se distinguen tres fases, a saber, la generación, la perfección y la consumación. La generación comprende los actos preliminares o proceso interno de la formación del contrato. La perfección, el nacimiento del mismo a la vida jurídica, bien por el concurso de voluntades entre los intervinientes, en el supuesto de los llamados contratos consensuales, bien por la entrega de la cosa objeto de los mismos, en los de naturaleza real. La consumación, se produce cuando el contrato cumple todos sus efectos jurídicos o lo que es igual cuando se logra el fin para el cual se contrató, y en su consecuencia se realizó, y se da plena efectividad a las prestaciones derivadas del mismo.

En lo que respecta a la fase de generación del contrato es de considerar que, el consentimiento que es el alma del contrato no surge por inspiración simultánea de las partes, sino por la consecuencia directa de determinados actos de las partes interesadas que integran las llamadas manifestaciones preliminares a la formación del contrato, tales como los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares. Este período preparatorio se inicia mediante la exteriorización de un acto volitivo del proponente, traducido en una proposición, oferta o publicitación que suele ir seguido de otra manifestación de voluntad, también exteriorizada, por el cual la persona que recibe la oferta para contratar manifiesta, expresa o tácitamente, que en principio le interesa el contenido económico de la oferta.

Para que se perfeccione el contrato dándose lugar a la siguiente fase del mismo, es necesario, si de contratos consensuales se trata, que se produzca el concurso entre la oferta y la aceptación sobre la cosa y causa que haya de constituir el contrato, tal como explicita el *artículo 1.262 del Código Civil*. De modo que el consentimiento supone una coincidencia de querer de todos los intervinientes en mismo momento del trato contractual e implica una cuestión de hecho que debe ser acreditada por la parte que alega la voluntad concorde de los intervinientes en el contrato.

Para que el consentimiento sea vinculante, lo relevante es si cada parte se ha formado una representación racional de lo que la otra le ha ofrecido y conforme a ello, ha prestado su consentimiento. En este sentido reiteradamente el Tribunal Supremo ya viene a decir que el consentimiento tiene un proceso de elaboración interna, propia del acto humano, que para ser tal requiere que se lleve a efecto con inteligencia y libertad... a través de los momentos psicológicos de motivación, deliberación y decisión (S 7-12-1966), aún cuando la manifestación (exteriorización) pueda ser expresa, tácita o presunta, en todo caso la voluntad declarada ha de ser imputable a un voluntad real o interna.

A lo anterior debemos añadir que, como establece el *artículo 1.265 del Código Civil* el consentimiento serán nulo si se presta por error, violencia, intimidación o dolo, añadiendo el *artículo 1.266* del mismo texto legal 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 hubieran dado motivo a celebrarlo.

La acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado por los contratantes en el momento de perfeccionarse el contrato, según reiterada jurisprudencia para que pueda llegar a tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato queda condicionada a la concurrencia en el caso de determinados requisito, que sea esencial e inexcusable; que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga; y que no se haya podido evitar con una regular diligencia.

Las condiciones del error propio invalidante del contrato, tal y como expone la STS de 26 de junio de 2000 ha de "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 de febrero 1994 y 11 mayo 1998). Según doctrina de esta Sala la exclusividad 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 el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS 4 enero 1982 y 28 septiembre 1996).

QUINTO.- Al hilo de lo anterior, decir que, como indica la SAP de Asturias de 27 de enero de 2010 , 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 los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. 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, el prolijo desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Y así el *artículo 79 de la LMV* , en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios; el RD 629/1993 concretó, aún mas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por criterios de

imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto sobre la clientela (*art. 4 del Anexo I*), de la que solicitaran toda la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer, como del cliente en sí (*art. 5*) a quien deberán ofrecer y suministrar toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

Esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato mas simples, como la apertura de una cuenta, como a los mas complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito.

Lo relevante, por tanto, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre, las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él.

En el caso, dada la fecha del suscripción del contrato (29 de septiembre de 2008) la normativa aplicable en lo referente a la información que debía suministrarse al cliente es la exigida por la *Ley 47/2007 de 19 de diciembre, mas en concreto, su artículo 79 donde bajo* la rúbrica "Obligación de diligencia y transparencia", dispone "Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.

En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley", y en su *artículo 79 bis, viene a establecer un código* de conducta, en el que se exige, entre otras, las siguientes obligaciones de información:

"1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monitorio; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes condiciones:

i) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor;

ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;

iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;

ii) los instrumentos financieros señalados en los *apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley*;

b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la *letra d) del apartado 1 del artículo 70* y en el *artículo 70 ter.1 .d)*".

Con anterioridad el *Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo*, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, establecía como anexo un código de conducta en el que se exigía entre otras obligaciones: Art. 4. Información sobre la clientela. 1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer. Art. 5. *Información a los clientes 1*. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

a) Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.

b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.

c) Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.

d) Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía.

Por su parte, el *artículo 60 del RD 217/2008 de 15 de febrero*, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión, y que deroga el anterior, bajo la rúbrica Condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa, dispone 1. A los efectos de lo dispuesto en el *artículo 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio*, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular:

a) La información deberá incluir el nombre de la entidad que presta los servicios de inversión.

b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y

visible.

c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.

d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

e) Cuando la información haga referencia a un régimen fiscal particular, deberá aclarar de forma visible que ese régimen dependerá de las circunstancias individuales de cada cliente y que puede variar en el futuro.

f) En ningún caso se podrá incluir en la información el nombre de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o de otra autoridad competente de manera tal que indique o pueda inducir a pensar que la autoridad aprueba o respalda los productos o los servicios de la empresa.

2. Cuando la información compare servicios de inversión o auxiliares, instrumentos financieros o las personas que presten los servicios, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) La comparación deberá ser pertinente y se presentará de manera imparcial y equilibrada.

b) Deberán identificarse las fuentes de información utilizadas para la comparación.

c) Se incluirán los hechos e hipótesis principales utilizados para hacer la comparación.

3. Cuando la información incluya resultados históricos de un servicio de inversión, de un instrumento financiero o de un índice financiero:

a) Tales resultados no podrán ser el elemento más destacado de la comunicación.

b) Los resultados deberán referirse a los cinco años inmediatamente anteriores, o, a todo el tiempo durante el que se haya ofrecido el instrumento financiero, elaborado el índice financiero o prestado el servicio, si el plazo es inferior a cinco años, o a un período tan amplio como la empresa decida si es superior a cinco años. En cualquier caso, la información sobre resultados deberá basarse en períodos completos de doce meses.

c) Se indicará con toda claridad el período de referencia y la fuente de la información.

d) Se deberá advertir de forma visible que las cifras se refieren al pasado y que los rendimientos pasados no son un indicador fidedigno de resultados futuros.

e) Cuando las cifras se expresen en divisas distintas de la utilizada en el Estado miembro de residencia de los clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, deberá indicarse claramente la divisa utilizada y se contendrá una advertencia previniendo de posibles incrementos o disminuciones del rendimiento en función de las fluctuaciones monetarias.

f) Cuando la información se base en los resultados brutos deberá publicarse el efecto de las comisiones, honorarios u otras cargas.

4. La información sólo podrá incluir resultados históricos simulados en el caso de instrumentos financieros o de índices financieros. En estos casos, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Los resultados simulados deberán basarse en resultados históricos reales de uno o más instrumentos financieros o índices financieros que sean idénticos al instrumento financiero de que se trate, o subyacentes del mismo.

b) Los resultados históricos reales deberán cumplir lo dispuesto en todas las letras, salvo la d), del apartado anterior.

c) Se deberá advertir de forma visible que las cifras se refieren a resultados históricos simulados y que los rendimientos pasados no son un indicador fidedigno de resultados futuros.

5. Si la información contiene datos sobre resultados futuros, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) No se podrá basar en resultados históricos simulados ni hacer referencia a los mismos.
- b) Se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos.
- c) Cuando se base en resultados brutos, deberá publicarse el efecto de las comisiones, honorarios u otras cargas.
- d) Se deberá advertir de forma visible que las previsiones no son un indicador fidedigno de resultados futuros".

SEXTO.- Como se decía en la Sentencia de este Tribunal de 20 de junio de 2011 y con cita a toda la normativa relativa a las entidades financieras "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, actuaran 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 incomprendidas, 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"

Y en la SAP Baleares (Sección 3ª) de fecha 5-04-2011 , con cita a resoluciones de otras Audiencias Provinciales se dice "El acceso cada vez mayor por los pequeños inversores al mercado financiero y las dificultades o complejidades que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de una normas de conducta para las entidades de crédito o financieras tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la *Ley de mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio* cuya aplicación a la operación enjuiciada (*art.2*) no es objeto de discusión y está sobradamente aceptada por la demandada, modificada por la *Ley 47/2007 de diciembre de 2007* que transpone, entre otras, la *Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004* , relativa a los mercados de instrumentos financieros (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su *artículo 79 bis* enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera actuar con claridad, imparcialidad, y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el *art. 79 bis-2* , ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de *causa*" (*art. 79 bis-3*), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así sus trascendencia práctica, sobre todos a los clientes minoristas con el *Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero* (aplicable al caso dado la época de concertación contractual) que exige como norma general la suficiencia de la información (*artículo 60*), la antelación suficiente en su práctica (*artículo 62*) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (*artículo 64*). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el *artículo 60.5* impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

Teniendo presente que el producto enjuiciado no es sencillo y que implica, conforme a la normativa aplicable al mismo, el cumplimiento por la entidad financiera de una serie de obligaciones en materia de transparencia y diligencia que de no cumplirse pueden "producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio que debe se sancionado por mor del *artículo 1256 del Código Civil* con la nulidad del contrato", se hace necesario abordar cada caso concreto desde la particularidad de la relación contractual que se enjuicia y sus circunstancias concurrentes, a los efectos de determinar en cada situación examinada las consecuencias jurídicas correspondientes. Y ello es consecuencia de que no todos los procesos de contratación origen de un ulterior litigio responden a unos mismos condicionantes determinantes de una solución única y general, dado que será procedente examinar en cada caso la fecha que en tuvo lugar la celebración del contrato (a los efectos de determinación de la normativa aplicable), los caracteres o perfil del inversor, la información ofrecida y los términos en que se plasma la relación contractual, con el fin de determinar si medió o no vicio

de consentimiento determinante de la nulidad que se invoca en este tipo de procesos".

SÉPTIMO.- Con base al anterior contenido normativo, procede entrar a analizar si la parte demandada dio cumplimiento a dichas obligaciones y en su caso, si el consentimiento prestado por el actor lo fue por error invalidante y excusable y derivado, precisamente, de una falta de información sobre las características del producto ofertado por la entidad demandada y a cuyo fin se ha de tener igualmente en cuenta, que como apuntara la SAP de Lugo de 8 de febrero de 2011, cuando es negado, como efectuó la parte demandante, que existiese un correcto asesoramiento o información sobre los peligros concretos que ofrecía el contrato y las operaciones reguladas corresponde a la parte que afirme que tal asesoramiento existió probar tal aserto mediante los correspondientes documentos o soportes como modo de comprobar que se le suministró al cliente la información necesaria y adecuada antes de suscribir el compromiso ... y si bien en las condiciones generales del contrato se expresa en su clausulado que las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos ello no deja de ser como se dice en la sentencia apelada, una cláusula de estilo ya que entre otras cosas no se explica al cliente, al menos mediante la simulación de tipo de interés las consecuencias de la evolución de los mismos no existiendo duda de que nos encontramos ante verdaderos contratos de adhesión siendo la entidad bancaria la que establece y redacta las estipulaciones, siendo aquella entidad la que ofrece el producto, producto de cuya complejidad no cabe duda, tratándose de un producto financiero derivado, complejo, de tal riesgo y de carácter claramente especulativo.

Y lo cierto, es que la prueba practicada en autos, impide apreciar que por parte de la entidad financiera demandada se diera un cumplimiento preciso a dicho deber normativo de información; y así, en primer lugar se reconoce por la propia entidad que los tratos preliminares y la oferta del producto no se entendió directamente con el actor sino con su hijo y su cuñado, desplazándose al efecto al propio local del actor, y sin que pueda considerarse probado que los mismos disponga de los conocimientos suficientes para comprender la complejidad del contrato que nos ocupa, ni tan siquiera consta cual fue la concreta explicación ofrecida ni menos aún si la misma fue completa en orden a los riesgos reales que comportaba el producto, de hecho ni siquiera se ha practicado la prueba testifical del comercial de la entidad que, según se dice, facilitó dicha información. Y no podemos olvidar que, como refiere la SAP de Pontevedra de 14 de abril de 2011 "las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como :a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido".

En el caso, el propio actor manifestó que si firmó el contrato lo fue en la creencia de que era una especie de seguro para evitar las fluctuaciones de los intereses variables, en concreto frente a las subidas de los tipos pactados y que nada se le explicó sobre el resultado negativo que acarrearía para el cliente, sobre la situación que se creaba ante una significativa bajada o desplome de los tipos de interés y que como es de ver le implicó importantes pérdidas con ocasión de las correspondientes liquidaciones trimestrales (cargos de 1.515,17, 2.576,06 y 2.919,46.- de euros, en tan sólo 8 meses). Viniendo a reconocer el propio director de la sucursal Sr. Casiano, que no asesoró del producto al cliente, pues la asesoría correspondía al comercial; que se limitó a llamarle por teléfono para que acudiera a la oficina a firmar el contrato; que no le hizo ninguna simulación y que lo único que le manifestó fue que en caso de cancelación podría resultar a favor o en contra según los precios de mercado; que tampoco le enseñó ni le facilitó el convenio marco; y que se le ofreció el producto porque tenía concertados distintos contratos a tipo de interés variable y porque entendía que el producto le daba estabilidad, dado que en esas fechas la previsión era que subieran los tipos de interés.

Si no consta, por tanto, que el actor recibiera una información adecuada sobre el producto que se le ofreció y mas en concreto, sobre los riesgos que entrañaba la operación, sobretudo en sus consecuencias económicas, sin que tal conocimiento del alcance de la operación, puede extraerse de los términos del contrato, por su falta de claridad, pues tan sólo se contienen menciones generales a abonos a favor y en contra, liquidaciones por saldo neto y que precisamente por la información que se facilitó al cliente por el Director de la sucursal, bien pudo entender se le ofrecía un "seguro" ante la posible subida de los tipos de interés, es obligado apreciar que su voluntad negocial no se formó adecuadamente, en especial, porque de la propia lectura del contrato, no se desprende con nitidez, las consecuencias perjudiciales que realmente le

ocasionó, cual es la bajada de los tipos de intereses, sin diferencial o limitación alguna para la entidad, ni menos aún las consecuencias desproporcionalmente gravosas que podían darse caso de optar por la cancelación anticipada y en general, de los riesgos reales, como los efectivamente producidos.

Mas en concreto y respecto a la posibilidad de cancelación anticipada, que conforme se alega implicaría un coste para el actor de 26.258,40.- euros, cierto es que se contempla tal posibilidad en la estipulación 2 del contrato que reza "el Cliente podrá solicitar a BBVA la cancelación anticipada de la Operación, de acuerdo con el siguiente procedimiento: .. ii) BBVA comunicará al Cliente el importe que, según sus cálculos, debería cobrar (expresado con signo positivo) o abonar al Cliente (expresado con signo negativo) por la cancelación anticipada de esta operación (en los sucesivos, el "Importe resultante)" y en caso de disconformidad del cliente con dicha liquidación se establece que "v) el Banco solicitará a la Entidad de Referencia que le comunique el importe que cobraría (expresado con signo positivo) o que pagaría (expresado con signo negativo) en la Fecha de cancelación, por llevar a cabo una Operación que mantuviera el valor económico que para BBVA tendría en dicha fecha la presente Operación. Se solicitará de la Entidad de Referencia que, a los efectos anteriores, tenga en cuenta la fecha en la que el Banco realizó el cálculo inicial, utilizando por tanto las mismas variables de mercado existente en dicho momento". Es igualmente cierto que del contenido de dicha cláusula es fácilmente deducible que en, en caso de cancelación anticipada podría derivarse un coste para al cliente, pero también lo es que los términos de la misma son confusos y oscuros, presentando dificultades de interpretación, sobretudo porque no aparecen claramente fijados los criterios para determinar dicho coste de cancelación o dicho otro modo, que el cálculo de las condiciones de cancelación, lleva aparejado una serie de operaciones complejas que no aparecen detalladas en el propio contrato, ni tampoco consta que se dieran al cliente pautas informativas al respecto, salvo la base genérica de su fijación conforme a las condiciones del mercado al tiempo de solicitar la cancelación o mas en concreto en su estipulación 3 al referir "la cancelación anticipada de esta Operación se realizará a valor de mercado y puede ocasionar al Cliente una pérdida económica que implique un desembolso de dinero superior al posible beneficio obtenido hasta ese momento" y que "el valor de mercado de esta operación está ligado a la evolución de los tipos de interés de las divisas a las que esta vinculado. En función de los movimientos de dichos tipos de interés, el valor de mercado de la Operación podrá variar favorable o desfavorablemente para el Cliente". Siendo que como refiere la SAP de Burgos de 3 de diciembre de 2010 que "Es verdad que hay una referencia a que la liquidación pueda ser positiva o negativa, pero en base a unas condiciones del mercado, no explicitadas, y en un contexto contractual, cuyas consecuencias económicas no se comprenden por un cliente, consumidor normal o medio, incluso habituado a realizar operaciones financieras básicas como hipotecas y crediticias"

Y mas en concreto y resolviendo un caso muy similar al que nos ocupa, la SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 2010 añade "El derecho de información en el sistema bancarios y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficacia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.." y tras analizar la normativa o régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, destacando que no hace sino insistir, entre otros aspectos, en ese deber de fidelidad y adecuada información al cliente tanto en fase precontractual como contractual, añade "Es evidente que ostentado el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de intereses aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas de tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable, y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato, y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo una variable referencial, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial. ...La información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no sus intereses. 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 el Banco si las posee"

Y en este sentido como señala la STS de 30 de diciembre de 2009 también es posible apreciar la

concurrencia de vicio de consentimiento "en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido".

No se acredita, tampoco que el actor pretendiese efectuar una operación como la que nos ocupa, sino únicamente obtener, porque así se le dijo, un producto financiero ("seguro") que le asegurase y protegiese frente a una hipotética subida de los tipos de interés; aún más, que el actor no tiene experiencia inversora, se deduce igualmente, del hecho de que no se ha alegado ni menos aún probado que participara en otras operación financieras fuera de las clásicas y de carácter simple como son los contratos de cuenta corriente, pólizas de crédito, etc, de lo que se colige que a los efectos de la concertación del contrato denunciado, debe ser considerado como un cliente minorista, con la protección especial que al respecto le reserva la normativa anteriormente citada.

En definitiva, reconocido por los litigantes que no fue el actor quien demandó el producto, sino que fue el propio comercial de la entidad demandada quien se desplazó a las instalaciones de aquél para ofrecerles el mismo y a falta de prueba que acredite cual fue la información que en ese momento se le facilitó, de la única recabada por el testimonio vertido por Don. Casiano, bien puede desprenderse que si se contrató fue en la creencia de que se le ofrecía un producto ventajoso, en cuanto a una forma de evitar las consecuencias de una subida de los tipos de interés respecto de otras operaciones crediticias que le vinculaban con la entidad bancaria y que ante la omisión de cualquier información relativa a las consecuencias económicas sobre una bajada del tipo de interés referencial o sobre el concreto coste que pudiera implicar una resolución anticipada del contrato, se dan en el supuesto analizado todas las condiciones anteriormente referencias para la apreciación del error propio invalidante del contrato y en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 1.300 y siguiente del Código Civil*, resulta procedente, como ya acordará el juez a quo, declarar la nulidad del contrato, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes en el modo que se indica en la resolución recurrida.

OCTAVO.- En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada, con expresa imposición de las costas devengadas a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, al no apreciarse circunstancias excepcionales que justifiquen un pronunciamiento diferente

NOVENO.- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la *Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre*, en su apartado 9, se declara la pérdida del depósito para recurrir constituido por el apelante, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador DON JUAN REINOSO RAMIS, en representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (BBVA), contra la Sentencia de fecha 10 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mahón, en los autos de Juicio Ordinario número 357/10, de que dimana el presente Rollo de Sala, CONFIRMAMOS los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene, condenando a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.

Información sobre recursos.

Recursos.- Conforme al *art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal** por el **recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los *arts. 469 y 477* de aquella.

Órgano competente.- es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del

Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección quinta de la Audiencia Provincial nº 0501, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.