

NÚMERO 404

18 NOV 2010
ES COPIA

En Oviedo, a doce de Noviembre de dos mil diez, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y Don José Antonio Soto-Jove Fernández, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número 475/2010, en autos de Juicio Ordinario n° 1239/2009, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Oviedo, promovido por la entidad **BANKINTER, S.A.**, demandada en primera instancia, contra la entidad **CLIMALIA PRINCIPADO, S.L.**, demandante en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente Don Francisco Tuero Aller.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Oviedo dictó Sentencia con fecha siete de Junio de dos mil diez, cuya parte dispositiva dice así: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Cimadevilla, actuando en nombre y representación de la entidad Climalia Principado S.L., contra la entidad Bankinter S.A., representada por la Procuradora Sra. Cabiedes, debo declarar y declaro la nulidad de los "Clip Bankinter 12.5", "Clip Bankinter 07 2.3" y "Clip Actualizado Bankinter 07 2.3" suscritos entre las partes, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz de esas operaciones, con intereses legales. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día nueve de Noviembre de dos mil diez.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia, acogiendo la pretensión principal planteada por la Compañía "Climalia Principado S.L." contra "Bankinter S.A.", declaró la nulidad de sendos contratos suscritos entre las partes, denominados "Clip Actualizado Bankinter", con la correlativa obligación de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz de esas operaciones, con sus intereses. Como fundamento de esa decisión argumentaba, en síntesis, que tales "Clips" son en realidad contratos de permuta financiera o "swaps", productos complejos y con importantes riesgos, habiendo incumplido la entidad bancaria la obligación de informar al cliente de modo detallado y minucioso sobre su contenido y posibles consecuencias, especialmente sobre las negativas que podía reportar y las desigualdades que podían producirse; todo lo cual llevó a la demandante a firmar el contrato en una creencia equivocada provocada por el Banco acerca de las posibilidades de rentabilidad de ese producto financiero, concurriendo así los requisitos exigidos para la operatividad del error como vicio del consentimiento, de acuerdo con lo establecido en el art. 1265 del Código Civil y doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación.

En el presente recurso alega Bankinter, S.A., que no existió tal error, teniendo en cuenta, por un lado, la verdadera naturaleza de tales contratos, que actúan como estabilizadores de una financiación a tipo variable y no son productos especulativos, y, por otro, que la información suministrada a la demandante fue más que suficiente, bastando para ello acudir a la simple lectura de los contratos, aparte de la prueba practicada sobre este punto; destaca asimismo que, de existir error éste tendría la consideración de inexcusable y no podría determinar la nulidad del contrato; y sostiene, en fin, que como quiera que durante varios años se aprovechó de las beneficiosas consecuencias de lo pactado, cuando las liquidaciones eran positivas para ella, el negocio jurídico habría quedado, en todo caso, convalidado.

SEGUNDO.- Esta Audiencia Provincial ya se ha pronunciado sobre pretensiones muy similares a la presente con relación a esta clase de productos financieros, en concreto en las



sentencias dictadas por la Sección Quinta con fecha 27 de enero y 23 de julio del año en curso que, por otro lado, son coincidentes con las dictadas por otros Tribunales con relación a estos contratos, aunque, efectivamente coexisten otras líneas que discrepan de la solución alcanzada en aquéllas. Por su claridad expositiva y por compartir plenamente esta Sala sus razonamientos, conviene reproducir aquí parte de los argumentos utilizados en dichas resoluciones.

En cuanto a la naturaleza de estos contratos recuerda la Sección Quinta que "nos hallamos ante el conocido en la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap).

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes".

Y, ya con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, añaden dichas resoluciones que "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase



previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurra la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de

fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil)..., singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V.

Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben de hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva.

La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido STS 20-1-2003)".

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

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". De ahí que, concluyan, 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, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés. "Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos (letra b)".

TERCERO.- Partiendo de las anteriores premisas el recurso debe ser desestimado. El propio director de la sucursal bancaria admitió, al declarar como testigo, que consideraba estos contratos como productos financieros "complejos". Relató que había explicado detalladamente su contenido y consecuencias al representante de la actora, pero estas manifestaciones no pueden considerarse suficientes a efectos de acreditar que esa información tuvo lugar, con la extensión que indica, dada su condición de directamente interviniente e indirectamente interesado en el resultado de este litigio, que obliga a analizar sus aseveraciones con las lógicas cautelas. Es más, aunque dicho testigo reconoció el documento nº 6 acompañado a la demanda (f. 86) como parte de la publicidad del producto, añadió que la misma era más compleja, expresiva de diversos ejemplos con resultados tanto positivos como negativos para el cliente, que, sin embargo, no fueron aportados al proceso por la recurrente, frente a lo que sería lógico de existir, en tanto su incorporación a los autos convendría a sus intereses en este proceso. De ahí que, en definitiva, deba estarse fundamentalmente a la documental aportada para conocer el alcance de la información ofrecida por el Banco al cliente.

Destaca así que estos contratos los publicitaba Bankinter S.A. como "una alternativa de cobertura para el endeudamiento a tipo de interés variable" o como "un Seguro que proteja el coste de financiación frente a posibles subidas de los tipos de interés, no instrumentos especulativos" (doc. 6 antes citado), transmitiendo una idea de estabilización, de cobertura de riesgo ante posibles fluctuaciones, pero sin aludir en ningún momento a los riesgos que comportaría una bajada del euribor, sobre todo si ésta fuera muy pronunciada como así sucedió, o a las consecuencias de la decisión de cancelar los contratos antes de su vencimiento.

Similares omisiones se observan tanto en las denominadas "condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" (f. 75 y siguientes) como en las sucesivas condiciones particulares, firmadas por ambos (f. 79 y siguientes). En aquéllas es cierto que se indica que estos instrumentos financieros "conllevan un cierto grado de riesgo derivado de los factores asociados al funcionamiento de los

mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés", pero lo matiza inmediatamente a continuación, añadiendo que "en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato"; es decir, alude a la posibilidad de no obtener beneficios como situación mas negativa para el cliente y no a que se produzcan pérdidas, como en la práctica aconteció. Dentro de ese marco general han de situarse las posteriores referencias a las liquidaciones periódicas "que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente".

En las condiciones particulares, tras establecerse el nominal contratado, la duración del contrato, los vencimientos periódicos y las posibilidades de cancelación anticipada, se recogía la forma de efectuar las liquidaciones y tipos aplicables para una y otra parte, el euribor a tres meses que debía pagar el Banco y diversos porcentajes, en función de los sucesivos periodos, a satisfacer por el cliente, sin alusión alguna a los riesgos de la operación ni facilitar mas información suplementaria. De su contenido debe destacarse que el Banco se reservaba la facultad de vencer anticipadamente el producto durante el periodo de comercialización cuando concurrieran circunstancias sobrevenidas en el mercado que alterasen sustancialmente la situación, sin más obligación que la de ofrecer un "producto alternativo y de características similares al que les ofreció inicialmente", sin concretar en que debía traducirse esa similitud; y, sobre todo, que al igual que en las condiciones generales, se establecía que en caso de que el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto en las fechas que se preveían al efecto, Bankinter ofrecería "un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas", sin hacer referencia a cómo se obtenía ese precio de mercado, ni menos a que podía suponer un importante costo al cliente (en este caso comportó sendos cargos por cuantía de 8.768'92 € y 7.053'68 € -f. 108 y 111-). Por otro lado, las liquidaciones que se preveía realizar contenían una limitación clara a favor del Banco en caso de subida de tipos de interés, pues de superar los allí indicados en las sucesivas fases (el 3'25%, el 4'25% ó el 4'50%) el saldo sería únicamente de un 0'15 por ciento a favor del cliente; mientras que esa limitación no existía al menos en igual proporción, de producirse una caída sustancial del euribor, tal y como ocurrió tiempo después.

En definitiva, esa documental revela claras y flagrantes vulneraciones del deber de información que correspondía al Banco, tal y como antes se ha expuesto, con relación a cliente, no experto, con el que concertaba un producto financiero reiteradamente calificado de complejo: se aludía a una función estabilizadora sin indicar claramente los importantes riesgos que comportaba en caso de una notable bajada de los tipos; se ocultaba o diluía la posibilidad de que se originaran consecuencias económicas adversas para el cliente bajo el eufemismo de que podrían no existir beneficios para él; no se alertaba al cliente de la particularidad de que existía un techo o límite muy diferente en lo que le favorecía y le perjudicaba según variasen los tipos de interés al alza o

a la baja, en claro perjuicio suyo; nada se le indicó, o al menos otra cosa no consta, sobre los estudios o análisis económicos que entonces existieran y de los que pudiera disponer el Banco acerca de la evolución futura de esos tipos de interés o sobre la previsible situación del mercado financiero; y, en fin, lo que resulta aún más relevante a juicio de esta Sala, quedaban totalmente indeterminadas las consecuencias de una posible cancelación anticipada a petición de una y otra parte, que les permitiera desligarse del contrato en el caso de evolución desfavorable, con una total ausencia de información acerca de la notable trascendencia económica negativa que podía tener esa cancelación para el cliente.

Es significativo en este sentido el informe de la adjunta primera del Defensor del Pueblo sobre esta clase de contratos (f. 217 y 218), expresivo de que estos productos complejos están diseñados de forma que no cubren el riesgo de fluctuación de los tipos de interés, ya que se limita la compensación en caso de subida de interés frente a lo que sucede en caso de bajada, incrementándose el riesgo de forma desproporcionada a lo que se ofrece, calificando estos contratos, en definitiva, como "un producto especulativo que beneficia, en todo caso, a las entidades financieras", que la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha catalogado como "de alto riesgo".

CUARTO.- Esas importantes omisiones en la información ofrecida por el Banco sobre aspectos principales del contrato, unida a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, hubo de producir en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los arts. 1265 y 1266 del Código Civil. En resumen se le ofertaba un producto financiero para proteger los costes ante posibles subidas de interés cuando lo que en realidad suscribía eran unos contratos de elevado riesgo, que podían comportar y comportaron cuantiosas pérdidas, que cubrían de forma muy diferente las fluctuaciones de intereses según se produjeran al alza o a la baja, en claro perjuicio suyo en este último caso, y en los que no se advertía del coste que podía suponer el ejercicio por su parte del derecho de cancelarlo anticipadamente que allí se le reconocía.

Es cierto que, según la jurisprudencia, el error para ser invalidante ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de auto-responsabilidad y buena fe, este último consagrado en el art. 7 del Código Civil. El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran 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 esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte

contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración (sentencias, entre otras, de 4 de enero de 1982, 6 de febrero de 1998, 30 de septiembre de 1999, 26 de julio y 20 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).

Y baste aquí recordar lo que ya ha quedado expuesto respecto a la complejidad del producto financiero, a la información, o más bien falta de información, facilitada por la entidad bancaria, a los deberes que a ésta incumbían y a que el demandante no tiene la condición de experto financiero, para que resulte patente que su error debe calificarse de excusable a estos efectos.

QUINTO.- Por último, el hecho de que la demandante sólo cuestionara la eficacia del contrato a partir del momento en que los saldos resultaron negativos no supone que hubiera convalidado el contrato mediante su conducta anterior. Como también señala la sentencia de la Sección quinta de esta Audiencia de 23 de julio de 2010, antes aludida, ese comportamiento es lógico pues es sólo entonces cuando puede alcanzar a percibir su error; mas aún si se tiene en cuenta que también es sólo en ese momento cuando conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de tales productos, de la que era desconocedor al no haber sido informado al respecto con un mínimo de precisión.

SEXTO.- No obstante traducirse lo anterior en la total desestimación del recurso, considera esta Sala aconsejable hacer uso de la facultad excepcional que en materia de costas permite el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apartándose del criterio del vencimiento respecto de las aquí causadas tanto por las razones ya expuestas sobre este punto en la sentencia de instancia como por la coexistencia de soluciones diversas por parte de los Tribunales respecto de cuestiones similares a la aquí enjuiciada, con las dudas jurídicas que ello comporta.

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

F A L L O

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad BANKINTER, S.A., contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Oviedo con fecha siete de Junio de dos mil diez en los autos de que dimana, confirmando dicha resolución sin hacer expresa imposición de las costas procesales del recurso.

Dese al depósito constituido para recurrir el destino legal.



La presente sentencia es firme.

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

