

Roj: SAP O 188/2011
Id Cendoj: 33044370042011100051
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Oviedo
Sección: 4
Nº de Recurso: 27/2011
Nº de Resolución: 53/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO TUERO ALLER
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE CONTRATOS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

OVIEDO

SENTENCIA: 00053/2011

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 27/2011

NÚMERO 53

En OVIEDO, a once de Febrero de dos mil once, 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 **27/2011**, en autos de JUICIO ORDINARIO Nº 313/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número diez de los de Oviedo, promovido por **BANKINTER, S.A.**, demandada en primera instancia, contra **P--- N---**, **S.A.**, demandante en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Francisco Tuero Aller.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número diez de los de Oviedo se dictó Sentencia con fecha uno de Octubre de dos mil diez, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por la representación de P---- N--- S.A. contra Bankinter S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscritos entre ambos litigantes, con obligación de restitución recíproca de las cantidades abonadas por su virtud por una y otra parte, así como sus respectivos intereses devengados desde la fecha de su abono, con expresa condena en costas a la parte demandada.".-

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 ocho de Febrero de dos mil once.-

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Solicita la demandante, la Compañía "P--- N---, S.A.", que se declare la nulidad del contrato que celebró con la demandada, "Bankinter, S.A.", con fecha 13 de diciembre de 2006, denominado de gestión de riesgos financieros o "Clip Bankinter 06-14.5", en base a haber existido error en el consentimiento por no haber suministrado la entidad bancaria demandada una información adecuada sobre las características del producto contratado, en especial en lo relativo a los riesgos que suponía, la previsión sobre la evolución de los tipos de interés y las condiciones en que podía cancelarse anticipadamente y cual podría ser su coste. La sentencia de primera instancia acogió íntegramente dicha pretensión, articulando la demandada el presente recurso en el que incide en determinados aspectos que, a su juicio, impedirían apreciar la existencia de error alguno, atinentes unos a la capacitación y conocimientos de los administradores de la sociedad actora, otros a la información que proporcionó sobre el contrato litigioso, y otros, en fin, a la conducta seguida por la demandante durante los primeros años de la vida del contrato, cuando las liquidaciones le eran beneficiosas. Insiste, por último, en que, en cualquier caso, el error sería inexcusable, no alcanzaría a los elementos sustanciales del contrato y, en consecuencia, no podría determinar su nulidad.

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 de 2010 , y por esta misma Sección el 12 de noviembre del mismo año, referida ésta precisamente a otro "Clip Bankinter" celebrado, como su nombre indica, con la misma entidad demandada. Sintetizando lo allí expuesto, en argumentos coincidentes con los recogidos en sentencias de otros Tribunales con relación a esta misma clase de contratos -aunque es cierto que coexisten otras líneas discrepantes- cabe destacar aquí:

1º) En cuanto a la naturaleza y contenido 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 (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 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

2º) 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.* . incurso 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.*"

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 una previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interesa 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". 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.- Entrando así en el análisis del supuesto aquí enjuiciado deben destacarse los siguientes aspectos:

1º) Bankinter publicaba estos contratos (doc. nº 5 de la demanda) como un producto "diseñado para mitigar el riesgo de los movimientos de los tipos de interés de una parte o del total del endeudamiento de la empresa referenciado a tipo de interés variable"; explicaba allí lo que el cliente recibía y pagaba

en cada liquidación según el euribor alcanzase o no determinados porcentajes y según cual fuera la fase del contrato; se preveía que el cliente podía solicitar la cancelación anticipada para lo cual Bankinter ofrecería "ventanas de cancelación" en determinadas fechas, cuyo precio sería "acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas" y que podría suponer, "por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto", sin aludir a cómo podían obtenerse tales precios; y terminaba esa publicidad aludiendo a las ventajas que ofrecía el producto. Nada se decía acerca de que en determinadas circunstancias por la evolución de los tipos de interés, las liquidaciones mensuales resultantes podían llegar a ser negativas en cuantías relevantes, o que, en igual marco, el coste de cancelación podía ser muy importante.

2º) Aunque mas detallada, la información que proporcionan las cláusulas generales y particulares del contrato (doc. 7 de la demanda) sigue la misma línea anterior: Es cierto que en aquéllas se indica que estos instrumentos financieros "conllevar 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 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 tampoco referencia a cómo se obtenía ese precio de mercado, ni menos a que podía suponer un importante costo al cliente, que en el caso aquí analizado alcanzaba la considerable cantidad de 389.521# (doc. nº 8 de la demanda, reconocido en juicio por el empleado de la demandada D. Heraclio .

Por otro lado, las liquidaciones que se preveía realizar periódicamente contenían una limitación clara a favor del Banco en caso de subidas de los tipos de interés pues de superarse los límites que se indicaban para las sucesivas fases (4% y 4,45%) el saldo sería únicamente de un 0,10% 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 sucedió tiempo después. Así se explica como esas liquidaciones variaron tan drásticamente, de cuando eran positivas para la demandante (durante un año y nueve meses le reportaron 18.632,01 #), a cuando pasaron a ser negativas (en el curso del año siguiente

supusieron cargos por importe de 141.884,17#).

3º) De la testifical practicada en el acto del juicio se desprende que Bankinter tenía realizados estudios sobre la posible evolución de los tipos de interés (testifical de Doña María Esther , también empleada de Bankinter), que no le fueron mostrados a la demandante (testifical de quien comercializó el producto, D. Pablo); que según admitió éste, nunca habló con el cliente de que podrían producirse pérdidas, sólo que las liquidaciones podrían ser positivas o negativas, y dio a entender que tampoco explicó la forma de cancelar el contrato y el coste que podía suponer; y en fin, también D. Pablo reconoció que no se interesó por los específicos conocimientos financieros que tuvieran los administradores de la demandante, aunque sí afirmó que entendieron como funcionaba el producto y que incluso les puso ejemplos, pero no los llegó a documentar. Y

4º) En definitiva, esta prueba documental y testifical revela claras y flagrantes vulneraciones del deber de información que correspondía al Banco, que van desde no proporcionar al cliente estudio o indicación alguna sobre la previsible evolución de los tipos de interés o sobre los análisis económicos de que dispusiera, a no cerciorarse de los conocimientos financieros que tenía el cliente, y no alertar sobre las importantes consecuencias económicas adversas que podía tener ese producto financiero, que se ocultaban o diluían bajo el eufemismo de que podrían no existir beneficios para el cliente. Se insistía más en su función estabilizadora -"diseñado para mitigar el riesgo"-, sin tampoco destacar claramente el desequilibrio que suponían los diferentes límites según variasen los tipos de interés al alza o a la baja, en claro perjuicio del cliente. Y, en fin, lo que resulta aún más relevante a juicio de esta Sala, quedaba totalmente indeterminada las consecuencias de una posible cancelación anticipada a petición de una u otra parte, que les permitiera desligarse del contrato en caso de evolución desfavorable, con una total falta de información acerca de la notable trascendencia económica negativa que podía tener esa cancelación para el cliente.

Es significativo en este sentido que el único informe del Banco de España obrante en autos (doc. nº 6 de la demanda) concluya, ante omisiones por parte de la entidad bancaria como las señaladas, que se está ante una actuación incorrecta desde el punto de vista de las buenas prácticas financieras.

CUARTO.- Las consideraciones anteriores, en gran medida reiteración del correcto análisis llevado a cabo en la sentencia de primer grado, han de conducir a la desestimación del presente recurso. Las 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.- No es de recibo, frente a lo expuesto, el argumento de que los socios de la demandante eran personas habituadas a los negocios, que administraban también otras sociedades y tenían un marcado perfil empresarial, pues ello no les convierte en expertos financieros, sino que lo único que habrá de presumirse de ellos es que eran conocedores de la realidad mercantil que constituía el objeto de sus respectivas empresas, que no es necesariamente equivalente al mercado financiero en que se desarrollaban tales operaciones. Ni tampoco cabe entender bastante la información que el Banco había facilitado a la actora a través del doc. nº 5 acompañado a la demanda, por las razones que ya han quedado expuestas en los fundamentos anteriores. Ni, por último, el que la demandante sólo cuestionara la eficacia del contrato tras practicarse varias liquidaciones, positivas y negativas, supone la convalidación del contrato por su conducta anterior. Como ya se puso de manifiesto en las sentencias citadas de 23 de julio y 12 de noviembre de 2010 , 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.

La alusión, en fin, a que el error en su caso, recaería sobre elementos accesorios del contrato tampoco puede compartirse pues incidía directamente sobre el resultado económico que podía esperarse de el y sobre la posibilidad de apartarse del mismo según evolucionasen las circunstancias del mercado, lo que constituye uno de los aspectos principales de lo convenido en un contrato de considerable duración (cinco años).

SEXTO.- La desestimación del recurso comporta la imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada (*art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*), sin que sea de aplicación el criterio excepcional seguido en anteriores ocasiones al haber dictado ya esta Audiencia varias resoluciones en el mismo sentido, alguna con relación a la misma entidad bancaria aquí recurrente. Por lo

expuesto, la Sala dicta el siguiente:

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por "Bankinter, S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número diez de los de Oviedo en fecha uno de Octubre de dos mil diez , en los autos de juicio ordinario seguidos con el número 313/10, confirmando dicha resolución, con expresa imposición a la apelante de las costas procesales del recurso.

Dése al depósito constituido para recurrir el destino legal. Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el *art. 466 de la L.E.C .*, serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los *arts. 468 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C .*, debiendo prepararse en el plazo de CINCO DÍAS ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Español de Crédito 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

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