

Suárez García, asistido por el Letrado D. Marcelino Tamargo Menéndez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 11 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por el Procurador Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de S.L., contra BANKINTER, S.A., y desestimando al mismo tiempo la reconvención deducida por esta última, representada a su vez por la procuradora Marina González Pérez, debo de absolver y absuelvo a la actora de las pretensiones de dicha demanda reconvencional, y declarar y declaro nulo y sin efecto alguno el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en fecha 19 de abril de 2007, procediéndose, en consecuencia, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta asociada a dicho contrato de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto de la otra, todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de BANKINTER, S.A. se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 4 de mayo de 2011.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado DON RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la demandante, "Decoraciones Alex S.L.", en el procedimiento del que trae causa el presente recurso de apelación, acción por la que pretende que se declare la nulidad del "contrato de gestión de riesgos financieros", fechado el 19 de abril de 2007, y suscrito por la demandante con el demandado, "BANKINTER S.A.", por haber existido en su formación vicios del consentimiento, obligando al demandado a retrotraer el saldo a fecha anterior a la liquidación, y a deshacer los efectos del producto desde el día de la formalización del contrato, devolviendo a la demandante las cantidades que fueron ingresadas en su cuenta por la entidad financiera; y subsidiariamente, de no considerar el Tribunal la existencia de vicios en la formación del consentimiento, se declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas que se tendrán por no puestas conforme a Ley, en el articulado de las condiciones particulares del contrato, sobre la determinación de la cuantía del contrato y en su sistema de liquidación (nominal contratado y ventanas de cancelación), haciendo a la entidad financiera recalcular cada uno de los importes objeto de liquidación desde la formalización del contrato hasta su liquidación final, obligando a la entidad bancaria a ofrecer una fórmula válida y pública para el cálculo de la liquidación, por la cantidad que objetivamente se pueda establecer como cuantía válida del contrato de gestión de riesgos financieros, y que la parte actora considera en 60.000 €, anulando la cuantía actualmente establecida en 300.000 €.

El Banco demandado contestó a la demanda, oponiéndose a las pretensiones del actor, y formuló, además reconvencción,



solicitando que se condene a la demandante reconvenida a pagar a "BANKINTER S.A." la cantidad de 17.391,11 € más intereses, importe de la liquidación efectuada conforme a las condiciones pactadas en el contrato, tras la resolución unilateral de éste por parte de "Decoraciones Alex S.L."

La Sentencia recaída en la primera instancia estima íntegramente la demanda, desestima totalmente la reconvenición, declara nulo y sin efecto alguno el contrato litigioso, procediéndose, en consecuencia, a la anulación de cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta asociada a dicho contrato, de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto de la otra, absolviendo a la actora reconvenida de las pretensiones en su contra deducidas, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Contra dicha Sentencia se alza en apelación la parte demandada, que mantiene en ésta instancia sus iniciales pretensiones, y solicita, en consecuencia, que se revoque la Sentencia apelada, se desestime totalmente la demanda, y se estime íntegramente la reconvenición, con imposición de costas a la demandante.

SEGUNDO.- La Sentencia apelada concluye, a la vista de la prueba practicada, que en esencia, el contrato perfeccionado entre las partes, denominado como de gestión de riesgos financieros (Clip Bankinter 07 5.3), es en realidad un contrato "SWAP" o de permuta financiera de tipos de interés, y así se dice en la contestación a la demanda, pese a que en ninguno de los documentos del contrato (condiciones generales y particulares) se mencionan dichos términos, y sí únicamente la finalidad de optimizar la gestión de los riesgos financieros a que se veía expuesto el cliente. Así se expresa también con claridad en el informe pericial elaborado por el auditor D. Cristóbal Verdú Nido, en el que se explica que se trata de un "Swap" de interés o un contrato de permuta de carácter financiero en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter



diferente, referidas a un determinado valor nocional en una misma moneda, y más concretamente, un contrato de permuta financiera mediante el cual el cliente se compromete a pagar a un de interés fijo en referencia al Euribor a cambio de recibir del Banco un tipo de interés variable referido al Euribor, de modo que existe un riesgo de tipo de interés, tanto al alza como a la baja, en la medida en que, establecida una deuda formalizada a un tipo fijo de una entidad A (caso de " SL"), y realizado un swap con otra entidad B (caso de Bankinter) con deuda a tipo variable, si el tipo variable excede sobre el tipo fijo durante el tiempo de duración de la deuda, se producirá un beneficio para A en las liquidaciones periódicas de intereses, y si el tipo variable queda por debajo del tipo fijo, entonces se producirá una pérdida para A.

Como indica la Sentencia dictada con fecha de 27 de enero de 2010 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 del C.c. y del art. 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, que tiene naturaleza consensual, bilateral, sinalagmático, y de duración continuada, y que 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 determinados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes, 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.

Concluye también la Sentencia apelada, a la vista del referido informe pericial, que se trata de un producto complejo, dotado de un carácter especulativo, que conlleva un



riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente, en función de la variación del tipo de interés al alza o a la baja, en el que la ausencia de negociación hace que para su valoración deba acudirse a métodos internos, y así, tradicionalmente el valor de una permuta financiera de intereses se ha obtenido actualizando los flujos netos de caja esperados a los tipos vigentes en el mercado en cada momento, lo que supone, en el caso de los flujos variables, en los que resulta imposible conocer con certeza los valores que tomarán periódicamente los tipos de interés variable objeto del acuerdo, que su cuantía se desconoce hasta que se alcanza la fecha de fijación de intereses, siendo por ello también incierto su valor actual.

La Sentencia apelada concluye, resumidamente, que se trataba de un producto complejo, que el administrador de " S.L." no era una persona que contase con especiales conocimientos en materia financiera, que fue el Banco el que tomó la iniciativa y ofertó el producto al cliente, que el Banco demandado no ha probado que se informase en debida forma a la demandada sobre cuales eran las características de la operación y los riesgos que entrañaba el negocio, ni que se le aplicaría una penalización en caso de que quisiese cancelar anticipadamente la operación, y en atención a todo ello, que por esa falta de información, concurre un error esencial en el consentimiento prestado por el cliente, no imputable a éste, que le indujo a realizar la operación, y que invalida dicho consentimiento y, por tanto, el negocio concertado.

El Banco apelante sostiene, por el contrario, que el administrador de la demandante tenía los conocimientos suficientes como para comprender los riesgos de la operación, que se le informó de las características del producto y de los riesgos que comportaba, que la actora aceptó dichos riesgos expresa y voluntariamente, que no es aplicable la Ley del Mercado de Valores y, en definitiva, que no hubo error en el

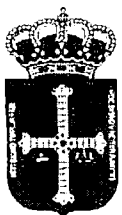


consentimiento, y que, por tanto, el contrato es válido y eficaz.

TERCERO.- Esta Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tipo de contratos, en Sentencias de 29 de octubre, y 10 y 16 de diciembre de 2010, y 18 de febrero de 2011, y en la primera de ellas, que ha adquirido firmeza, y es citada en las posteriores, decíamos que «Para resolver el *thema decidendi*, hemos de partir del deber de información que se predica y exige en la relación de una entidad financiera y su cliente, bien para llevar a cabo cualquier tipo de inversión, bien para suscribir un negocio jurídico, como el que nos ocupa, en el que es inherente la aleatoriedad y el riesgo, como veremos. En este sentido, ya señalamos entre otras, en la sentencia de 18 de Junio de 2010, que para resolver la cuestión objeto de debate, hemos de hacerlo sobre la base de exigir la diligencia profesional específica a la entidad de inversión, con un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar y de la persona a quien se dirige. Así lo ha declarado la sentencia de esta, SAP Asturias de 11 enero 2006 que atañe al deber de información y diligencia de una entidad financiera en la gestión de carteras de inversión, en la que con cita de la sentencia del TS de 11 de julio de 1998 se manifiesta que: "...La Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente(art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el art. 255 C.Com. impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente



al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación; en el ámbito del mandato regulado en el CC, en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en forma más beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo; sentencia que igualmente, con cita de la sentencia del TS de 27 de enero de 2003, declara que: "... la entidad efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad.(...) Conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1.943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.9988) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio..." (...)(...) Los datos y consideraciones ya expuestos permiten concluir que la demandada actuó, al menos con "ligereza", esto es, sin el cuidado exigible al demandado comerciante, pues las noticias que circulaban en su entorno más directo, hacían presumible la existencia de un alto riesgo



que impedía estimar la inversión de los pagarés como segura y fiable, lo que determina, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1726 del Código civil; 255 del Código de Comercio y normas señaladas por el artículo 81 de la Ley de mercados de valores, la responsabilidad civil de la demandada, por los daños y perjuicios causados..... "; doctrina que reproduce la sentencia de 30 de abril de 2010, en la que se trataba de la inversión de unos productos financieros que representaba un situación de riesgo para el inversor y reproducimos en el caso enjuiciado, aunque la operación sea diversa, porque en aquella, también se postulaba la nulidad del negocio por vicio del consentimiento, producido por error del accionante, al igual que en el supuesto de autos, en el que nos hallamos ante de la suscripción de un contrato de gestión de riesgos financieros que genera un alto riesgo, como el presente; deber de información que aún en la fase precontractual exigía la legislación vigente al perfeccionarse el contrato (artículo 79 LMV y RD 629/93)». Decíamos también en dicha Sentencia que «Sobre este tipo de contratos se ha pronunciado la sentencia de esta Audiencia de 27 enero de 2010 que declara: "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". Al propio tiempo la pericial obrante en la litis (folio 173), lo define como un contrato de permuta financiera mediante el cual el cliente se compromete a pagar a un tipo de interés fijo, a cambio de recibir de BANKINTER un tipo de interés variable referido al Euribor, en el que la comunicación de flujos o intercambio de obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos diferentes, genera un riesgo de tipo de interés tanto al alza, como a la baja, de ahí que dicho informe lo califique de contrato especulativo, que conlleva el riesgo de producir ganancias o pérdida en el cliente, en la medida que fijado un tipo de interés fijo en el contrato, los tipos de interés futuro bajen, en cuyo caso se producirá una pérdida y una ganancia, si por el contrario, suben, carácter que con matizaciones declara la sentencia citada de 27 de enero de 2010: "... 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 terminábamos diciendo, en cuanto a las características y naturaleza del contrato, que «Podemos concluir que el contrato de autos es un contrato teñido de evidentes notas de aleatoriedad y también en cierta medida, especulativo, que comporta un riesgo para quien lo concierta con la entidad, lo que obliga a reforzar la exigencia de una información bastante y adecuada, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa por la demandada al cliente, en el

ámbito de las pequeñas y medianas empresas, y conoce en una situación financiera peculiar. Al respecto (folio 98) la representación de BANKINTER afirma que ofertó el producto en el año 2007, cuando se vivía un momento alcista en los mercados, no se había iniciado la actual crisis, y la apuesta era por el mantenimiento o la elevación los tipos de interés; sin embargo la prueba evidencia en este y otros casos resueltos por esta y otras AAPP, una visión totalmente opuesta al argumento de la parte, demostrada por la realidad de lo ocurrido. Se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce al cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este y otros contratos, ha visto como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos que han generado la deuda reclamada en al reconvencción y en otros procedimientos, especialmente dado el periodo de duración el contrato (de 14 de marzo de 2007 a 14 de septiembre de 2010, que corresponde a un periodo de progresiva y franca bajada de los tipos, salvo una mínima fase inicial alcista) y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario, el cual es una empresa constructora con forma societaria, careciendo su representante legal de conocimientos suficientes para advertir prima facie, y sin información adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado, como tampoco poseía mayores conocimientos el titular de un negocio de hostelería, al que se refiere la sentencia de esta Audiencia de 27 de enero de 2010, a diferencia de lo que



ocurre en sentencia de esta sala de 18 de Junio de 2010, en la que, quien denunciaba la falta de información, era un inversor avezado que había concertado otras operaciones financieras con la entidad de crédito del mismo tenor a la que cuestionaba en la litis».

CUARTO.- Hemos de analizar, pues, si en el caso concreto ha existido información adecuada a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio y la respuesta, a la vista de la prueba practicada y de la doctrina antes expuesta, ha de ser negativa, concluyendo con la Sentencia de instancia que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato (art. 1.263 del CC), y ello por los siguientes motivos:

A).- La demandante es una pequeña empresa dedicada al negocio de pinturas, que no consta que hubiese contratado antes productos financieros complejos.

B).- El producto contratado es un producto complejo, y en cierto modo especulativo, que nada tiene que ver con un seguro, cuyo comportamiento y riesgos solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero.

C).- En la fase precontractual de formación del consentimiento, se ha discutido si el contrato ofertado lo fue como un seguro (tesis de la demandante) anudado a una póliza de descuento, o por el contrario se trata de un contrato de gestión de riesgos financieros que suscribió la parte actora (tesis del demandado) para precaverse frente a posibles subidas de los tipos de interés que pudieran incidir en el producto vinculado concedido en su día por el Banco, y puede afirmarse que el producto contratado no era un seguro, según



se deduce de la literalidad de su contenido, pero la oferta contractual fue hecha y aceptada para cubrir el riesgo de la subida de tipos de una póliza de descuento, también contratada por la demandante con el Banco, pero sin informar adecuadamente al cliente de las consecuencias negativas que tendría para el cliente una posible bajada de los tipos de interés, lo cual podía fácilmente interpretarse por el cliente como la oferta de una "garantía" mediante la que se "aseguraba" al cliente contra las subidas de los tipos, aunque tampoco se beneficiaría de las bajadas, de modo que en la práctica equivalía a dejar el interés del préstamo en un tipo fijo, todo lo cual se deduce, en primer lugar, del hecho de que el Banco no ha aportado prueba alguna de la información precontractual que dio al cliente, que no debió ser demasiado exhaustiva, puesto que el Sr. Mendieta, empleado de la oficina del Banco demandado que intervino personalmente en la operación, admitió que solo se había entrevistado con el representante de la actora una vez, en una reunión de cerca de una hora de duración, tras la que se firmó el contrato, que toda la información que le suministró fue verbal, y que no le proporcionó ninguna documentación adicional.

En resumen, era el Banco demandado el obligado, conforme a las normas de distribución del "onus probandi" del artículo 217 de la LEC, a acreditar que proporcionó al demandante la información necesaria, para que éste pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, y éste nada ha probado al respecto. No ha probado el Banco haber mantenido con el cliente más que una conversación previa a la contratación del producto, en la que no consta qué información se le dio, ni consta que se le proporcionasen documentos o folletos explicativos, de modo que hemos de concluir que el contrato se concertó sin que hubiese dado al cliente el Banco apelante una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía el "swap" que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una

importante bajada de tipos de interés, para formar correctamente el consentimiento del actor.

Ni siquiera consta que el Banco hubiese sometido a la demandante a un test de idoneidad, ni a un test de conveniencia, exigidos por los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (Sentencias de ésta Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 y 16 de diciembre de 2010), y pese a ello le ofertó un producto complejo sin ofrecerle la información necesaria para que pudiese comprender su funcionamiento y los riesgos que comportaba su contratación.

D).- Por otra parte esta falta de información previa no se subsana al firmar el contrato, cuyo contenido adolece también de graves omisiones de información que abundan en el error padecido por la demandante, en concreto, y en primer lugar no aparece en el contrato una información adecuada sobre el riesgo que comporta una evolución a la baja del tipo de interés variable referencial, pues dicha información se limitó a las advertencias que se contienen en las condiciones particulares, y esta información es claramente insuficiente, pues se reduce a expresar textualmente que el riesgo consistía en que *«El producto de gestión del riesgo implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones que generarán un resultado positivo o negativo para el Cliente. En las condiciones particulares de cada producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo»*, y en ello hace hincapié la Sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia, de 27 de enero de 2010, ya citada (también la de ésta misma Sección, de 29 de octubre de 2010), al declarar que advertencias de ese tipo *«son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial. Por el contrario, la información relevante*

en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable 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 a o no su interés».

El informe pericial aportado por la parte actora advierte claramente que el contrato no especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos de las liquidaciones periódicas al cliente, ni se motivan posteriormente las liquidaciones efectuadas, como tampoco se especifica en el contrato la fórmula mediante la cual habrían de realizarse los cálculos en el caso de que el cliente solicitase la cancelación anticipada del producto, ni motivó después el Banco la liquidación practicada por la cancelación anticipada, que arrojó finalmente un resultado de 11.940,68 €.

E).- Como decíamos en la Sentencia de 18 de febrero de 2011, el Banco ofertó el producto al actor en un momento en que los intereses estaban en una tendencia alcista que podía alarmar a los contratantes de préstamos y créditos a interés variable, pero que duró ciertamente poco, y no consta que el Banco proporcionase al cliente un estudio en profundidad de la situación económica entonces existente, que contuviese una previsión fundada acerca del comportamiento de los tipos de interés en el futuro más inmediato, información que resulta imprescindible a la hora de contratar productos como el que nos ocupa, pues precisamente de ese comportamiento dependía que el producto pudiese resultar atractivo para el cliente, toda vez que se le ofertaba como una "cobertura" frente a una tendencia alcista, y nadie mejor que las entidades financieras está en condiciones de proporcionar esa información que, aunque no sea siempre fiable al 100%, sí puede orientar al cliente menos informado, siendo así que, en este caso, o no se dio, o fue por completo equivocada, pues la tendencia alcista duró en Europa hasta mediados de 2008, iniciándose a los pocos

meses un período de bajadas continuadas, y no puede el Banco sostener que desconocía por completo cual iba a ser la evolución de los tipos, ante la crisis económica que ya entonces empezaba a producir sus primeros efectos, y que había provocado que en los Estados Unidos de América la tendencia a la baja se hubiese iniciado ya en septiembre de 2007. El demandante recibió su primera liquidación negativa, por importe de 1.589,47 € en fecha 27/04/08, y una segunda, por importe de 2.232,53 € en fecha 27/07/2009.

F).- Sostiene la parte apelante que al estar vinculado el "SWAP" a un producto bancario, le es aplicable la normativa bancaria, y no la aplicable a los productos de inversión, y alude para ello a un Comunicado emitido conjuntamente por la CNMV y el Banco de España en la web del primer organismo mencionado (<http://www.cnmv.es/DocPortalInv/Novidades/ES-delimitacion.pdf>), en la que, interpretando el artículo art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores (que establece que *«lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información»*), se dice textualmente que *«en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura (...) deben ser sometidos al régimen de protección del cliente bancario con arreglo a los criterios y normativa aplicable a las entidades de crédito»*, y que *«el hecho de que el producto principal sobre el que gira el derivado (instrumento financiero) vinculado sea un producto bancario, supone que el cliente a la hora de ser informado del producto ofertado y de valoración de la adecuación del mismo a sus características, debe tener las garantías propias de cliente se servicios bancarios y no de inversor ya que no emplea o quiere el*

derivado como producto de inversión sino sólo en cuanto vinculado a un producto bancario y con objeto de mirar los riesgos de fluctuación de tipos de interés o de cambio de divisas». Ahora bien, hemos de precisar, en primer lugar, que como ya ha dicho la Sección 5ª de ésta Audiencia Provincial de Asturias, en Sentencia de fecha 16 de febrero de 2011, dicho comunicado, de fecha 20 de abril de 2010, tiene un carácter meramente orientativo, y su finalidad no es pronunciarse propiamente sobre la naturaleza jurídica de este tipo de contratos sino establecer una delimitación competencial entre ambas entidades a la hora de residenciar las reclamaciones que se les efectúen por tales productos. Adviértase, añadimos nosotros, que el propio comunicado se autocalifica como una simple "nota", pues empieza diciendo que «La presente nota tiene por objeto delimitar...», y dice también, al delimitar el concepto de producto vinculado, en su apartado 1.3 que «Se exige en todo caso y para que se pueda hablar de vinculación, que el importe nominal de la cobertura no sea superior al del producto o productos bancarios a cubrir», siendo así que en el presente caso, la póliza de descuento bancario se contrató con un límite de 60.000 €, mientras que el "SWAP" se concertó con un nominal de 300.000 €, es decir, una cantidad que excedía con mucho del riesgo crediticio que se deseaba garantizar, y, como muy bien se expresa en la Sentencia apelada, la demandada no acredita que el nominal contratado en el producto "Clip Bankinter 07 5.3" se correspondiera con la cuantía de los créditos contraídos por la actora con terceros, ni que dicho nominal fuese acordado por la actora con la demandada, de modo que la ausencia de vinculación, no ya solo con respecto al contrato de crédito, sino también en relación a los riesgos generales de la demandante, refuerza el carácter especulativo de la operación, y la importante cuantía del nominal contratado elevaba el riesgo que contraía la empresa a cotas que no pretendía asumir, sobre todo si, como apunta la ya referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, de 27 de enero de 2.010, 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, no puede ser caprichosa, sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor), y 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 con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos, y dicha información debe ponerse a disposición del cliente antes de contratar

Hemos de concluir, por tanto, en la línea sentada por la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2010, que todo este cúmulo de desinformación se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues tan parca e incompleta información hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega, por lo que no es predicable del caso que nos ocupa lo señalado por la sentencia del TS de 17 de febrero de 2005, según la cual es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (Sentencias de 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras), y que calificamos de esencial o trascendente, en el sentido declarado, entre otras, por la sentencia TS de 17 de julio de 2006 que expresamente afirma "... tiene tal carácter el error que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004)”; razones todas ellas que obligan a confirmar la Sentencia apelada por sus propios fundamentos, completados con los de la presente resolución.

QUINTO.- Procede, por tanto, desestimar el recurso interpuesto, confirmar la Sentencia apelada, e imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 394-1 del mismo Texto Legal.

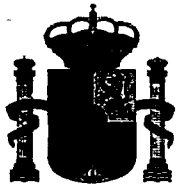
F A L L O

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de “BANKINTER S.A.”, contra la Sentencia dictada el 11 de mayo de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, en los autos de Juicio Ordinario nº 1150/2009 y, en consecuencia, confirmar la citada resolución, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante.

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





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIA.- En Gijón, treinta de mayo de dos mil once.

Se hace constar que contra la anterior resolución cabe, en su caso, recurso EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y/o RECURSO DE CASACIÓN; deberá constituirse depósito de (50 euros) CINCUENTA EUROS en la cuenta de Depósitos y Consignaciones del Banco BANESTO, 3380 0000 12 0587 10.

Debiendo especificar en el campo "concepto en que se realiza" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal" o de un "Recurso 06 Civil-Casación"

Si el ingreso se realizase mediante transferencia bancaria se ingresará en la cuenta 00301846420005001274 debiendo indicar en el campo concepto en que se realiza: 3380 0000 12 0587 10 04 para el Recurso Civil-Extraordinario por infracción procesal y 3380 0000 12 0587 10 06 para el Recurso Civil-Casación.

El recurrente deberá acreditar haber constituido el depósito mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso. Doy fe.-



PRINCIPADO DE
ASTURIAS