ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA
NÚM. SEIS
GIJON

[redacted]

S E N T E N C I A

En Gijón, a veintinueve de abril de dos mil once.

El Ilmo. Sr. D. JUAN CARLOS LLAVONA CALDERON, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario núm. 1514/2010, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante/s [redacted], con Procurador/a Carmen Menéndez Alvarez y Abogado/a Ignacio Garcia Garcia, y de otra como demandado/s BANKINTER S.A., con Procurador/a [redacted] y Abogado/a [redacted], sobre declaración de inexistencia de vínculo contractual, subsidiariamente declaración de no incorporación de clausulado y declaración de ineficacia de vínculo contractual, y subsidiariamente declaración de nulidad o anulabilidad del contrato por vicio en la voluntad negocial.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Procedente de la Oficina de Reparto se recibió en este Juzgado demanda de juicio ordinario sobre declaración de inexistencia de vínculo contractual, subsidiariamente declaración de no incorporación de clausulado y declaración de ineficacia de vínculo contractual, y subsidiariamente declaración de nulidad o anulabilidad del contrato por vicio en la voluntad negocial presentada por la Procuradora Carmen Menéndez Alvarez, en nombre y representación de [redacted], contra BANKINTER S.A., en la que tras exponer los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que en la misma constan solicitaba que se dictara sentencia por la que se condene a la demandada: 1º) A estar y pasar por la declaración de inexistencia, nulidad o anulación de cualquier clase de contrato tipo "Gestión de Riesgos Financieros" o "Clip Bankinter" que vincule a las partes, así como de todas las cláusulas que puedan contener. 2º) A estar y pasar por la restitución de todos los cargos y abonos en las cuentas de la demandante que traigan causa de dicho contrato: a) abonando a la demandante la cantidad de 1.259,45 € en concepto de principal (saldo indebidamente descontado del reintegro de la cuenta corriente cancelada), más los intereses legales devengados por dicha cantidad hasta la interpelación, que se cifran en 73,15 €, más los intereses procesales que se devenguen tras la interpelación, b) teniendo por anulado y

[redacted]

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

cancelado cualquier otro saldo deudor que presente la demandante en la fecha de la interpelación, sus recargos o intereses, así como los que puedan imputársele con posterioridad a la interpelación en base al contrato declarado inexistente, nulo o anulado. Con costas

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, la demandada en plazo legal se personó en debida forma y presentó contestación, oponiéndose a las peticiones de la demanda conforme a la relación de hechos y fundamentos expuestos en su escrito.

TERCERO.- Se acordó convocar a las partes a la correspondiente audiencia previa, la cual se celebró el día fijado. En la citada audiencia, tras intentar alcanzar un acuerdo transaccional, la parte demandante se ratificó en su escrito inicial y la demandada en su escrito de contestación. Resueltas las cuestiones procesales que pudieran obstar a la continuación del proceso y practicadas las demás actuaciones legalmente previstas, se fijaron los hechos sobre los que existe controversia y se concedió a las partes la posibilidad de proponer prueba, admitiéndose las que se consideraron pertinentes y útiles, procediéndose a continuación a señalar fecha para el acto del juicio, en el que se procedería a la práctica de la prueba admitida.

CUARTO.- El acto del juicio se llevó a cabo el día señalado y al mismo concurrieron las partes personadas. Iniciado el acto se procedió a la práctica de las pruebas por su orden, con el resultado que obra en autos. Practicadas la pruebas se concedió a las partes la palabra a fin de que formularan oralmente sus conclusiones, lo que así hicieron en la forma que queda documentada en los presentes autos, verificado lo cual quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión de la demandante [redacted] consiste en obtener, en todo caso, la declaración de ineficacia del contrato de gestión de riesgos financieros y sus condiciones particulares con relación al producto de cobertura denominado "Clip Bankinter EXTRA 08 2" que aparece formalizado en documento privado de fecha 10 de junio de 2008 suscrito con la demandada BANKINTER S.A., principalmente por reputar dicho contrato como inexistente al no haber prestado su consentimiento para la celebración de una operación de ese tipo, habiendo suscrito los documentos que le pusieron a la firma pero sin intención alguna por su parte de contratar ese

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

servicio o producto, de forma subsidiaria como consecuencia de la no incorporación al contrato de la totalidad de sus condiciones generales y particulares al no haberse aceptado y faltar su firma para la adhesión a todas y cada una de las cláusulas del contrato, y también de forma subsidiaria por haber concurrido el error como vicio en la prestación del consentimiento, ya que no fue informada del contenido, características, funcionamiento y efectos de un contrato de permuta financiera, tratándose de un producto de alto riesgo y oscuro, incomprensible para el cliente, impropio e inidóneo, no habiéndosele explicado los riesgos que el cliente asume en ese tipo de operaciones ni la fórmula de las liquidaciones, especialmente las relativas a su cancelación, impidiendo con ello la comprensión del contrato. Para sustentar tal pretensión se alega que el único servicio bancario que hasta entonces había suscrito con la demandada era un contrato multilínea de financiación para empresas y que a lo largo del año 2009 se vio sorprendida por el cargo en su cuenta de una serie de conceptos que no respondían a ninguna disposición efectiva y justificada, lo que le llevó, a falta de explicación razonable, a cancelar la cuenta y retirar el saldo existente en la misma, salvo la cantidad de 1.259,45 € que fue retenida indebidamente por el Banco demandado, llegando a solicitar posteriormente, y en vista de que seguían produciéndose cargos vinculados a la póliza de financiación, la exhibición del supuesto contrato que no era consciente de haber suscrito y que fue cancelado por el Banco cargándole otros 28.083,85 € por ese concepto, a todo lo cual se opuso reiteradamente. En su contestación a la demanda BANKINTER S.A. alega que el representante legal de la actora estuvo puntualmente informado de las condiciones y características del contrato, contando incluso con el asesoramiento de la entidad [redacted], y prestó su consentimiento de forma libre y voluntaria, niega que el contrato revista mayor complejidad que la de cualquier otro contrato bancario y que se trate de un producto especulativo, siendo en cambio un instrumento que persigue estabilizar los riesgos financieros inherentes a los efectos de la variabilidad de los tipos de interés sobre los diversos productos financieros que la demandante tenía suscritos con ella misma y con otras entidades, y sostiene que, una vez constatado su ratio de endeudamiento, la demandante decidió suscribir el contrato de gestión de riesgos financieros cuyo funcionamiento ya conocía y le había sido explicado, facilitándosele incluso documentación escrita para un mejor estudio de la operación, no habiendo manifestado, en fin, ninguna discrepancia mientras el contrato estuvo vigente.

SEGUNDO.- Expuestos así, en esencia, los términos en que se plantea el litigio, y siendo que la demandante pretende la declaración de ineficacia contractual ejercitando acciones de distinta naturaleza, una principal y otras con carácter subsidiario, es menester dar respuesta a su pretensión

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

atendiendo a cada una de esas acciones. En primer lugar, como se ha dicho, pretende obtener la declaración de inexistencia del vínculo contractual por falta de aceptación, sosteniendo que nunca aceptó ni dio su consentimiento para la contratación de ese servicio o producto en concreto, sino que al poner su firma en los documentos que suscribió lo hizo con relación a aquellas operaciones que habitualmente venía realizando con el Banco demandado en virtud del contrato multilínea de financiación que ambas partes habían suscrito con intervención notarial el 17 de agosto de 2007. Con ello, y dado que no se niega, sino que expresamente se reconoce por su administrador [redacted] la firma que aparece en las condiciones generales y particulares del contrato de gestión de riesgos financieros (documento nº 9 de los presentados con la demanda), aunque no se diga expresamente, parece invocarse la existencia de un error obstativo como excluyente del consentimiento, que constituye elemento esencial de todo contrato ex artículo 1261-2º del Código Civil. Así, en efecto, se ha considerado el error obstativo como un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, como discordancia de voluntades entre la manifestada y la realmente querida, determinando tal divergencia la exclusión de la voluntad interna, lo que hace que el negocio sea inexistente por faltar uno de sus elementos esenciales. Ahora bien, como lo normal es que la declaración esté de acuerdo con la voluntad interna, ya que aquélla no es otra cosa que un medio de expresión de ésta, se comprende que quien alegue la divergencia entre una y otra debe demostrar cumplidamente su existencia (SSTS 13-6-1964 y 30-6-1966). Incumbía, por tanto, a la demandante la carga de acreditar que cuando su administrador suscribió las aludidas condiciones generales y particulares su intención y voluntad no era quedar obligado en virtud de lo que de ellas resulta sino llevar a cabo otro tipo de operación, y es lo cierto que tal prueba demostrativa del error al manifestar la voluntad que llevaba implícita la firma de tales documentos es inexistente, no ya sólo porque el empleado del Banco que intervino en la operación y que ha respondido al interrogatorio de parte por cuenta del mismo lo desmienta al decir que hubo dos reuniones, en la primera explicó el producto con la ayuda de un documento informativo que contenía sus principales características y en la segunda se procedió a la firma del contrato, sino también porque, no siendo razonable pensar que alguien habituado a realizar gestiones bancarias estampe su firma sin ton ni son en cualesquiera documentos que se le presenten a ese fin sin cerciorarse de su contenido, cuando no sin haberlo leído expresamente, por mucha que sea la confianza depositada en los empleados o directivos del Banco, y menos aún en documentos en blanco o en partes de otros documentos más extensos, máxime cuando, siendo conocedor del tipo de documentos que se emplean en esas gestiones habituales, puede llegar a distinguir perfectamente unos de otros, además, en la demanda ni siquiera llega a indicarse cuál era la operación en concreto que pretendía realizarse al

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

firmar el contrato litigioso, y el administrador Sr. Fanjul tampoco ha sido más expresivo a este respecto, manifestando que no recuerda para qué firmó ese documento, y no parece que sea ésa, en fin, la forma habitual de proceder de las entidades bancarias, concluyendo operaciones con sus clientes mediante la firma inconsciente y apresurada de aquellos documentos en los que éstas se formalizan. No mejor suerte ha de seguir la declaración de ineficacia fundada en la no incorporación de las condiciones generales del contrato, con cita de los artículos 7, 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, pues si bien el primero de dichos artículos, en su apartado a) establece la no incorporación al contrato de las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de su celebración o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos del artículo 5, en realidad la premisa de la que parte es la misma que la hecha valer con relación al error obstativo, y ya se ha dicho que no hay prueba alguna de que la firma de las condiciones generales y particulares del contrato lo hubiese sido con relación a cualquier otra operación distinta y no concretada, y si efectivamente se procedió a su firma lo fue a la vista de que el documento incluía dichas condiciones, aunque no fueran leídas y pueda llegar a discutirse si el adherente fue o no informado de las características y del contenido del contrato. El citado artículo 5, al exigir la firma de los contratantes, no impone que ésta deba realizarse en cada una de las páginas del documento que comprende las condiciones generales, debiendo entenderse, en cambio, suficiente la puesta al final del mismo, como así se hizo en este caso y en otros contratos análogos que han dado lugar a litigios similares al que aquí se plantea, incluso con la misma entidad bancaria, no siendo ajeno a ello el hecho de que la firma en representación del Banco se halle predispuesta y no sea la de quien, por cuenta del mismo, gestiona y concluye el contrato con el cliente. No hay razón alguna, por tanto, para entender que el administrador de la sociedad demandante, al poner su firma, no hubiera tenido oportunidad real de conocer de manera completa las condiciones generales del contrato al tiempo de su celebración, oportunidad que no implica conocimiento real y efectivo de su contenido, y sí únicamente de su existencia. Por otra parte, y en cuanto a la no incorporación de algunas de esas condiciones generales en concreto, que la demandante sostiene con base en la manifiesta oscuridad de las mismas, especialmente las relativas a las condiciones de liquidación y a las consecuencias de la cancelación anticipada, como quiera que ello conllevaría únicamente la declaración de nulidad de esas cláusulas afectadas, pero no necesariamente la ineficacia total del contrato si éste pudiera subsistir sin ellas, y puesto que resta aún otro motivo de nulidad de la totalidad del contrato por vicios del consentimiento, parece oportuno abordar primero este último, y sólo en el caso de que no fuera estimada dicha declaración de nulidad, examinar si la parcial

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

de algunas de sus cláusulas por las razones alegadas podría o no llevar aparejada la total ineficacia del contrato.

TERCERO.- Al tratar la última de las acciones que pretende la declaración de nulidad del contrato, por haber concurrido en la prestación del consentimiento un vicio de la voluntad, concretamente el error, debe recordarse aquí una vez más que la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Y si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, algo que ha venido mereciendo una especial atención por parte del legislador, estableciéndose códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino los ciudadanos en general, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que pretenden rentabilizar sus ahorros. En este sentido, como señala la SAP Valencia Secc. 9ª 13-11-2008, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección, tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. Así también, la SAP Asturias Secc. 5ª 27-1-2010 destaca que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria son básicos para el funcionamiento del

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

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), 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. Desde esta perspectiva, importa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato litigioso, después de la reforma introducida por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, tras declarar en su artículo 2.2 incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, regula en su artículo 79 bis las obligaciones de información, estableciendo en el apartado 3 que a los clientes, incluidos los potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, 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 y debiendo incluir la información orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias, y en el apartado 7 que la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente 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. En desarrollo de tales previsiones legislativas, el RD 217/2008, de 15 de febrero, ya en vigor cuando se celebró el contrato objeto de este pleito, establece también el deber de proporcionar información a los clientes minoristas (condición que indudablemente debe reconocerse a la demandante), incluidos los potenciales, con antelación suficiente a la celebración del contrato (artículo 62, apartados 1 y 2), que debe comprender, en el caso de los instrumentos financieros, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los mismos, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional, incluyendo una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas (artículo 64.1), y precisamente para articular ese deber de información se establece la necesidad de determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado mediante la llamada evaluación de la conveniencia (artículos 73 y 74). Justamente a propósito de los

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

instrumentos de cobertura de tipos de interés, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España había establecido el criterio que expresa su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la del año 2008 (páginas 116 y 117 y 135 y 136, respectivamente, que pueden consultarse en su página web) de que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias, y así aparece recogido también en el informe del organismo regulador al Senado (documento nº 6 presentado con la contestación a la demanda). A ese mismo deber de información en la fase precontractual se refiere también la SAP Jaén Secc. 3ª 27-3-2009, destacando al efecto que la tendencia del legislador ha sido, si cabe, más proteccionista de la clientela y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras, y señala que los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos.

CUARTO.- Sentado lo anterior, y por lo que hace al supuesto concreto que aquí se juzga, el contrato celebrado entre los litigantes cuya nulidad se postula se denomina contrato de gestión de riesgos financieros y cuenta con unas condiciones generales, en las que se fija el marco aplicable al conjunto de instrumentos financieros que, ofrecidos por el Banco, el Cliente decidiera contratar, y unas condiciones particulares referidas a un producto concreto que se denomina "Clip Bankinter EXTRA 08 2", ambos documentos suscritos en la misma fecha. Se trata de un contrato Swap o permuta financiera de tipos de interés, y así se dice en la contestación a la demanda, pese a que en ninguno de tales documentos (condiciones generales y particulares) se mencionan dichos términos, y sí únicamente la finalidad de optimizar la gestión de los riesgos financieros a que se ve expuesto el cliente. A este respecto cabe decir, aunque el contrato no venga definido propiamente como tal, que la permuta financiera de intereses es un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente, y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (importe nocional), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia. Este tipo de contratos, no negociados en mercados organizados, sirven para protegerse de las fluctuaciones causadas por distintos tipos de riesgos

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

financieros (en este caso, interés), y aunque pueden aparecer vinculados a otras operaciones de pasivo (préstamo o crédito), también pueden nacer como contratos autónomos, sin estar vinculados necesariamente a la protección de los riesgos financieros, por ejemplo, especulando en mercados muy volátiles, pero asumiendo en este caso los riesgos del uso de tales derivados. 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. Tales características dotan, sin duda, al producto 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. Como señala la ya citada SAP Asturias (Secc. 5ª) 27-1-2010, es un contrato atípico pero lícito al amparo del artículo 1255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, y caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático, de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas, destacando además que, 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, aspecto éste al que también se alude en la SAP Cáceres (Secc. 1ª) 18-6-2010 al decir que 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 variables, pero que sobre la base de esa finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian. Y en ese mismo sentido, la SAP Asturias Secc 7ª 29-10-2010 concluye que se trata de un contrato teñido de evidentes notas de aleatoriedad y 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, mientras que la SAP Asturias Secc 7ª 16-12-2010 señala, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes. El administrador de la sociedad demandante que

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

suscribió el contrato en representación de la misma manifiesta que no fue informado de esas características y que su primer conocimiento del producto se produjo cuando se hicieron liquidaciones negativas importantes que se cargaron en la cuenta de la empresa. Contrariamente, el Banco demandado sostiene en su contestación a la demanda que sí fue informado de sus condiciones y características, llegando incluso a decir que el [redacted] era asesorado en sus operaciones financieras por [redacted]. Sin embargo, al responder al interrogatorio por cuenta del mismo, [redacted], que fue quien ofertó el producto y explicó el contrato, dice no tener constancia de tal asesoramiento en relación con este contrato, y así lo confirma el testigo José Luis , quien como socio de dicha entidad, que presta servicios para la actora en materia de asesoramiento fiscal, contable y mercantil, niega que intervengan en gestiones financieras o en el asesoramiento financiero y que hubiera tenido ninguna intervención en la contratación del producto litigioso. Afirma también el Sr. [redacted] que facilitó un documento informativo, empleado como soporte para la explicación del producto, que se hicieron simulaciones de liquidaciones positivas y negativas y que fue en la segunda reunión, transcurridos unos siete días, cuando se procedió a la firma del contrato en las condiciones en que se había ofertado sin posibilidad de negociación. Debe tenerse en cuenta, no obstante, como señala la SAP Asturias Secc 4ª 12-11-2010, que tales manifestaciones no pueden considerarse suficientes al efecto de acreditar que esa información tuvo lugar, dada la condición del declarante como interviniente e indirectamente interesado en el resultado del litigio, máxime en este caso en que sólo pueden merecer la simple consideración de manifestaciones de parte al haberse realizado en el marco de la prueba de interrogatorio de la parte demandada, y cuando además, pese a que se asegura que se entregó un documento explicativo (cabe suponer que sería el documento nº 5 presentado con la contestación a la demanda) y que se hicieron ejemplos de liquidaciones positivas y negativas en función de la variación del tipo de interés de referencia, no hay constancia alguna de que así hubiese sido realmente y de que tales documentos se hubiesen entregado al Sr. Fanjul en la primera y única reunión en la que se habría explicado el producto. Más aún, pese a que las condiciones particulares incluyen un apartado destinado a recoger el conocimiento y experiencia del cliente con relación al producto en cuestión, y en él llega a marcarse el recuadro en el que el cliente declara conocer las características del producto y entender el riesgo que asume con su contratación, sin embargo, el propio Sr. [redacted] admite que no se realizó ningún test de conveniencia o idoneidad, por lo que es difícil extraer cuál la fuente de conocimiento en virtud de la cual el Banco demandado pudo llegar a la conclusión de que dicho producto era adecuado para el cliente.

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

QUINTO.- A propósito del error como vicio del consentimiento, el artículo 1266 del Código Civil exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007). El error es inexcusable cuando puso ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia 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 de ese requisito 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 por la declaración (STS 4-1-1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Pues bien, como destaca la SAP Pontevedra (Secc. 1ª) 7-4-2010, antes de formalizar la contratación de estos productos, las entidades 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; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que,

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generan pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el periodo residual de vigencia del contrato. La propia resolución incide en la necesaria información sobre los riesgos de la operación, máxime cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar son recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y, concretamente, que en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del Euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión. En ese mismo aspecto acerca de la información sobre el riesgo incide la ya citada SAP Asturias (Secc. 5ª) 27-1-2010 al decir 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 periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo 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 entiende que estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro que configura el riesgo de la operación y está en directa conexión con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos, debe proporcionarse al cliente antes de contratar, pues sólo así éste 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, y no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee. Y como señala a su vez la SAP Alava Secc 1ª 18-1-2011, el argumento de que basta analizar el contrato para concluir qué se contrataba debe ser desestimado, pues en fase precontractual se da a entender por el oferente que sirve para un fin, la evitación de costes añadidos en caso de subida de tipos de interés, que no responde a la realidad, pues también contiene previsiones que suponen coste para el cliente si los tipos bajan por debajo de ciertos límites, apuntando en ese mismo sentido la SAP Burgos Secc 3ª 3-12-2010 que, "prima facie", podría

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

parecer sencilla la mecánica financiera que supone el desarrollo contractual, de carácter aleatorio, pero lo que no es sencillo inferir son las consecuencias económicas, tan desproporcionadamente perjudiciales en caso de bajadas bruscas del Euribor, y más si a ello se une el ejercicio de la facultad de cancelar anticipadamente el contrato, lo que requiere una adecuada información de estos riesgos y consecuencias económicas, integrándose en esa oferta la información pertinente que haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido para poder emitir un consentimiento formado correctamente. En el presente caso resulta patente que la demandada no cumplió con tal exigencia y no informó a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y el significado y alcance de sus cláusulas, a lo que debe añadirse que no consta que el referido Sr. Fanjul cuente con especiales conocimientos en materia financiera y que se trata de un producto que, por más que se haya generalizado durante estos últimos años, sobre todo asociado a operaciones de préstamo hipotecario a interés variable, sigue resultando extraño para los no iniciados a la hora de valorar el verdadero significado de lo que representa el intercambio en el pago de intereses con una entidad bancaria. Por otra parte, el hecho de que la demandante no pusiera objeción o reparo cuando las liquidaciones trimestrales ofrecieron un saldo positivo y que sí hubiera manifestado en cambio su disconformidad cuando aquéllas empezaron a ser negativas, lejos de evidenciar la conducta contraria a sus propios actos que le reprocha la demandada, lo que viene a demostrar claramente es que aquél no fue consciente hasta entonces del verdadero alcance y significado de lo que había contratado y del riesgo asumido en la operación. En ese sentido, la repetida SAP Asturias (Secc. 5ª) 27-1-2010 entiende que no se está ante un acto inequívoco de confirmación del contrato, como pueden ser el cumplimiento voluntario de la prestación o el aprovechamiento de los efectos del negocio por quien pudiera ejercer la acción de nulidad, tratándose de liquidaciones practicadas en la cuenta asociada con resultado negativo, más aún cuando producida la primera liquidación con resultado tan gravoso como para suscitar la duda sobre el conocimiento cierto y suficiente del contrato y sus consecuencias el interesado muestra perplejidad y desacuerdo con tal liquidación requiriendo de adverso información bastante, no pareciendo, por tanto, que pueda entenderse la pasividad como voluntad de convalidar el contrato. Así se entiende que, nada más conocer la primera liquidación negativa procediese incluso a cancelar la cuenta corriente asociada en la que se cargaban dichas liquidaciones y mostrase su disconformidad con las mismas. Se advierte además la notable diferencia que existe entre las liquidaciones de carácter positivo, de poco más de 300 €, y las negativas, la primera de ellas con un saldo que arrojó ya una cifra de 1.860,83 €, muy superior a la suma de todos los abonos que se habían realizado

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

hasta entonces, lo que explica la sorpresa de quien, no estando familiarizado con esta clase de productos y no siendo consciente de haber asumido ningún riesgo, se encontrase con la necesidad de arrostrar tales pérdidas sin ninguna otra contrapartida.

SEXTO.- Ciertamente, las condiciones generales del contrato se refieren a la actividad mercantil del cliente y a los riesgos financieros a los que se ve expuesto por razón de la misma. Como señala la SAP Asturias Secc 5ª 23-7-2010, la calificación como operación compleja no podrá ser que se atribuya a su operativa o mecánica, pues resulta ésta simple y asequible para cualquiera recordando a las cuentas mercantiles, sino que habrá de ubicarse esa complejidad en el propio riesgo del contrato, cuya evolución, obviamente, requiere de unos contactos previos con el mercado financiero o de unos conocimientos sobre su comportamiento que, efectivamente, permitan decidir sobre su contratación con suficiente conocimiento de causa, conocimiento que, por el contrario, sí ha de presumirse en la entidad bancaria en cuanto que oferente del producto que no asume directamente el riesgo de la permuta, sino que tiene y encuentra dentro del mercado de derivados y opciones otro contratante que lo hace al suscribir con él un contrato espejo, de donde resulta una evidente posición asimétrica entre el cliente bancario y la entidad bancaria en cuanto al conocimiento más adecuado del alcance y significado del riesgo ínsito en la operación de permuta, que no puede entenderse suficientemente satisfecho mediante la sola explicación de la mecánica del producto, cuanto más si se pondera que se publicita o presenta frente al cliente como una cobertura frente a la subida de los tipos de interés. De todo ello cabe concluir que, a falta de una información correcta y adecuada sobre las características de una permuta financiera de tipos de interés que la demandada estaba obligada a proporcionarle, cuando la demandante prestó su consentimiento para la celebración del contrato lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba, sin conocer las implicaciones del producto que contrataba y del verdadero riesgo que asumía. Incurrió, por tanto, en un error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento. Así lo considera también la SAP Asturias Secc 7ª 29-10-2010 al decir que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato, pues si éste se concertó sin que el Banco hubiese dado una información completa y adecuada de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía, especialmente en el caso de que se produjese una importante bajada de tipos de interés, para formar correctamente el consentimiento del actor, ello se traduce en la existencia de tal vicio esencial que hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante no imputable a quien lo alega. Y en ese mismo sentido, la ya aludida SAP

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Asturias Secc 4ª 12-11-2010, señalando que las importantes omisiones en la información ofrecida por el Banco sobre aspectos principales del contrato, unido 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 un error sobre la esencia del contrato de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento, en resumen se le ofertaba un producto financiero para proteger los costes ante posibles subidas de interés cuando lo que en realidad suscribía era un contrato de elevado riesgo que podía comportar y comportó cuantiosas pérdidas, y en el que no se advertía del coste que podía suponer el ejercicio por su parte del derecho a cancelarlo anticipadamente que allí se le reconocía.

SEPTIMO.- Finalmente, en cuanto a la excusabilidad del error, y atendidos los criterios anteriormente señalados, debe tenerse en cuenta el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes, por un lado la demandada, como comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro la demandante, una pequeña empresa dedicada a comercialización y reparación de neumáticos y elementos afines que no consta que cuente con un personal cualificado con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que representa un producto financiero de alto riesgo. Bien es verdad que en las condiciones generales del contrato se expone que los instrumentos financieros que el cliente suscribe conllevan un cierto grado de riesgo. Sin embargo, ese riesgo no aparece debidamente especificado al referirse a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, que el cliente no tenía por qué conocer y que tampoco le fueron convenientemente explicados. Es más, se afirma que, en caso de que la evolución de esos tipos sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados (que tampoco se especifican), se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente, es decir, que éste podría no llegar a obtener ningún beneficio, pero sin que se precise, por el contrario, que pudiera sufrir pérdidas. En la cláusula 3 se establece que el producto implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente, pero nuevamente se omite que al finalizar la vigencia del contrato éste pudiera verse perjudicado teniendo que arrostrar importantes pérdidas económicas. Es más, el riesgo que el Banco asume frente al cliente lo traslada al mercado, obteniendo un margen de intermediación como mayorista, de manera que si el cliente gana también lo hace el Banco, pero si pierde es aquél el único perjudicado al contraer una deuda con el Banco, que obtiene en todo caso un beneficio por esa labor de

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

intermediación. La cláusula 6 de las condiciones generales otorga al cliente la facultad de cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares, denominadas ventanas de cancelación, y se dice que el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado (nuevamente sin especificar cuáles) en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado, omitiendo una vez más cualquier mención a que dicha cancelación pudiera arrojar un resultado negativo y comportar una pérdida para el cliente. Se advierte, no obstante, que si el cliente optase por la cancelación anticipada el resultado de la misma podría verse minorado por el coste o perjuicio que haya ocasionado al Banco y que éste podría repercutirle, pero ninguna información se ofrece sobre el origen de tales costes ni acerca del montante que podrían llegar a tener. En las condiciones particulares se establecían esas ventanas de cancelación con relación a fechas concretas durante el periodo de vigencia del producto contratado, en las que Bankinter se comprometía a ofrecer un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de ellas, algo que no consta que se hubiera hecho con anterioridad a que la propia demandada comunicase la resolución anticipada del contrato, y nuevamente se advertía de que la cancelación anticipada podría suponer deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, pudiendo por tanto repercutir al cliente los posibles gastos en que incurriera, pero sin tampoco mencionar en esta ocasión en qué consistirían tales gastos y cuál podría llegar a ser el impacto negativo de esa decisión. Las mismas condiciones particulares se refieren a las liquidaciones trimestrales que se realizarían con el resultante neto entre lo que el cliente paga y lo que el cliente recibe. En cuanto a lo primero se establecía un tipo fijo pero referenciado al Euribor a tres meses, y en cuanto a lo segundo el tipo era el Euribor a tres meses. Sin embargo, no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos de las liquidaciones, no se facilitó al cliente ninguna información sobre la previsible evolución de ese tipo variable y tampoco se justificaron posteriormente dichas liquidaciones al llevar a cabo cada una de ellas, constando únicamente los abonos en la cuenta asociada. Más aún, caso de que el cliente optase por la cancelación anticipada, además de no habérsele ofrecido un precio de cancelación, como el Banco de había obligado a hacer, tampoco se especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos que darían como resultado ese valor liquidativo, y cuando aquélla se produjo efectivamente se limitó a comunicar a la demandante el resultado de la misma y a efectuar un cargo en su cuenta, sin haber ofrecido ninguna otra explicación. Así pues, si no se facilitó a la demandante la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y si, no pudiendo presumirse que aquélla tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS

su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía, de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable. Por consiguiente, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el artículo 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005, entre otras muchas). Deberá procederse, por tanto, no sólo al reintegro de la cantidad retenida del saldo de la cuenta corriente cancelada, algo que la demandada ni siquiera ha negado, sino también a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

OCTAVO.- La estimación de la demanda conlleva la imposición a la demandada de las costas causadas, por ser preceptivo, de conformidad con lo establecido por el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Que estimando la demanda formulada por la Procuradora Carmen Menéndez Alvarez, en nombre y representación de [redacted], contra BANKINTER S.A., debo declarar y declaro nulo y sin efecto alguno el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en fecha 10 de junio de 2008, procediéndose, en consecuencia, al reintegro a la demandante de la cantidad de 1.259,45 €, más los intereses legales devengados desde su retención por el Banco, y a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón de dicho contrato, todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio mando y firmo.

E./

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

PRINCIPADO DE ASTURIAS