

AUDIENCIA PROVINCIAL DE
GIJON

Sección 007

Domicilio : PRENDES PANDO 1-3ª PLANTA

Telf : 985176944-45

Fax : 985176940

Modelo : SEN000

N.I.G.: 33024 42 1 2010 0012612

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000329 /2011

Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001224
/2010

RECURRENTE : BANKINTER S.A.

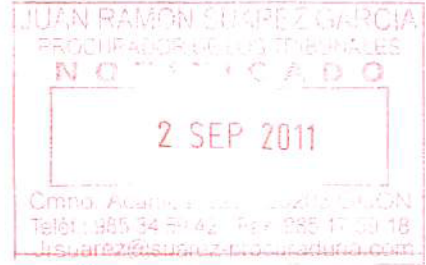
Procurador/a : MARINA GONZALEZ PEREZ

Letrado/a : FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ BERMUDEZ

RECURRIDO/A : SL

Procurador/a : JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Letrado/a : MARCELINO TAMARGO MENENDEZ



SENTENCIA N° 384/11

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA

MAGISTRADOS: D. RAMÓN IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE

D. JULIAN PAVESIO FERNÁNDEZ

Gijón, veinticinco de julio de dos mil once

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001224 /2010, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000329 /2011, en los que aparece

como parte apelante, BANKINTER S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sra. Marina González Pérez, asistido por el Letrado D. Francisco Javier Fernández Bermúdez, y como parte apelada, " SL", representado por el Procurador de los tribunales, Sr. Juan Ramón Suárez García, asistido por el Letrado D. Marcelino Tamargo Menéndez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de la entidad , SOCIEDAD LIMKITADA, contra la entidad BANKINTER, SOCIEDAD ANONIMA, representada por la Procuradora de los Tribunales D. Marina González Pérez, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes con fecha ocho de noviembre de dos mil siete, con sus posteriores renovaciones, que se aporó como documento número tres con la demanda, por haber concurrido en su formalización un vicio invalidante del consentimiento prestado por la entidad demandante; condenando a las partes a restituirse, recíprocamente, cuantas cantidades de dinero hubieran percibido en cumplimiento de dicho contrato, con sus frutos e intereses, de manera que las partes vuelvan a tener su situación personal y patrimonial existente en la fecha en que se perfeccionó dicho contrato; debiendo procederse a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada al mismo, y al reintegro de su importe, sin que ninguna de las partes sea acreedora o deudora de la otra, en virtud de las liquidaciones practicadas. Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales"

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes por la representación procesal BANKINTER SL, se interpuso recurso de apelación, el que admitido a trámite se remitieron los autos a la Audiencia Provincial donde se registró al Rollo nº 329/11, y cumplidos los oportunos trámites se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el pasado cinco de julio del año en curso.

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

Vistos siendo Magistrado Ponente el **ILMO. SR. D. JULIAN PAVESIO FERNÁNDEZ.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-.- En el procedimiento de que trae causa el presente recurso, ejercita la actora S.L. acción frente a la demandada, BANKINTER S.A., en la que solicitaba la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros" suscrito entre las partes el día 8/11/ 2007, por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en la prestación del consentimiento por parte de la demandante, con la consiguiente restitución recíproca de las cosa que hubiesen sido materia del mismo , con sus frutos y el precio de su intereses, conforme dispone el art. 1.303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, debiendo procederse, por tanto , a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas. Alegando haber firmado el contrato bajo la creencia de ser un tipo de seguro contra la subida del Euribor, falta de información necesaria para la comprensión del contrato, la existencia de

cláusulas oscuras y abusivas en el articulado de las condiciones particulares del contrato, sobre la cuantía del contrato y en su sistema de liquidación- nominal contratado y ventanas de cancelación, e imposibilidad de prever por parte de la actora la liquidación al no existir formulado alguno que hiciera prever el coste de cancelación.

La demandada, Bankinter, contestó, a la demanda, oponiéndose a dicha pretensión, solicitando se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda con imposición de las costas a la actora.

La sentencia dictada sentencia en primera instancia estima íntegramente la demanda, declarando la nulidad del contrato litigioso, con sus posteriores renovaciones, por haber concurrido en su formalización vicio invalidante del consentimiento prestado por la demandante, condenando a las partes a restituirse las cantidades de dinero que hubieran percibido con sus frutos e intereses, procediéndose, en consecuencia, a la anulación de cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada a dicho contrato, y al reintegro de su importe, de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora de la otra..

Contra dicha Sentencia se interpone recurso de apelación por la representación de la demandada, Bankinter S.A., manteniendo en esta instancia sus iniciales pretensiones del escrito de contestación a la demanda y solicita la contestación a la demanda, denunciando, en su extenso recurso, resumidamente, incorrecta valoración de la prueba practicada, interrogatorio de la representante de la actora, Aroa y de la demandada, Pablo, y de la documental aportada del clausulado del contrato que firmaron, concluyendo la recurrente que no se ha acreditado la existencia de ningún error, y mucho menos inexcusable. Insistiendo en que la demandada tenía la información adecuada sobre la naturaleza y consecuencias del contrato firmado, tanto por la documental del contrato y su clausulado como por la facilitada por la demandada a través de la persona, Pablo, con quien se

contrató, no siendo posible alegar error alguno, teniendo igualmente capacidad para su comprensión Aroa, en su condición de empresaria, administradora de la actora y economista, persona que lo firmó. Y se solicita que, se revoque la Sentencia apelada y se desestime íntegramente la demanda, declarando la validez del contrato de gestión de riesgos financieros y sus condiciones particulares, condenando a la parte actora al pago de las costas en ambas instancias.

SEGUNDO.- La Sentencia apelada concluye, resumidamente, que se trataba de un producto bancario derivado y complejo, que fue el Banco el que tomó la iniciativa y ofertó el producto al cliente, que en la fase previa a la contratación, la representante legal de la actora solo mantuvo dos o tres conversaciones con el comercial de la demandada, Sr. Menéndez Antonio, quien explicó a grandes rasgos el producto, sin informar detalladamente de los riesgos que entrañaba la operación ni que en caso de cancelación anticipada se le aplicaría una penalización en caso de que quisiese cerrar anticipadamente la operación. Declarando el Sr.

en el acto del juicio que se le ofreció como cobertura contra la subida del tipo de interés, y los escenarios posibles de los que informó se referían a subidas de tipo de interés, no se hicieron simulaciones de liquidaciones inferiores a un Euribor que fuera inferior al 4%, no se informó de los riesgos por una bajada pronunciada de los tipos de intereses y de las consecuencias negativas para el cliente, ni se hizo test alguno de idoneidad ni de conveniencia, ni se calcularon cuales podían ser los costes para el caso de un cancelación anticipada. Prueba que pone de manifiesto que la demandada no ha cumplido con sus obligaciones legales de máximo nivel de protección a su cliente, privándole de una información necesaria para que pudiera comprender el alcance del clausulado del contrato que firmaba, con independencia de la titulación de economista de la administradora de la actora, que no presupone la comprensión, sin más, de productos

complejos como el contratado, que ha provocado un vicio en el consentimiento prestado por la demandante al suscribir el contrato, concurriendo un error invencible en su declaración de voluntad que lo invalida. Se trata de un error esencial y causado por la falta de cumplimiento de la demandada de informar convenientemente al cliente sobre las condiciones reales y alcance verdadero del contrato, existiendo relación de causalidad entre el error padecido por la demandante, en cuanto a la finalidad del negocio jurídico concertado y la omisión de la demandada de su obligación de informarle correcta y adecuadamente.

El Banco apelante sostiene, por el contrario, resumidamente, que la administradora de la demandante estaba capacitada para comprender la naturaleza y los riesgos del contrato, empresaria y economista que es, que se le informó de las características del producto y de los riesgos que conllevaba, que no es aplicable la Ley del Mercado de Valores y, en definitiva, que no concurre error alguno en el consentimiento prestado por la representante de la actoral y menos invencible, y, en consecuencia el contrato es válido.

TERCERO.- En primer lugar, sobre la aportación por la recurrente con su escrito de recurso de la documental consistente en 9 copias de sentencias dictadas, 2 por la Sección 5ª de la A.P. de Zaragoza (una de ellas ya aportada con su escrito de contestación a la demanda) 1 de la Sección 3ª de la A.P. de Pontevedra y 1 de la A.P. de Avila (ya aportada con la contestación) y las 5 restantes son de distintos juzgados, incluida una del mismo juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Gijón, aparte de que alguna de ellas ya han podido ser tenidas en cuenta por el juzgador de instancia a la hora de dictar sentencia, dicha documental carece de valor condicionante alguno para la resolución del recurso, pues no reflejan más que el criterio seguido por esas Audiencias y juzgados a la hora de resolver casos más o menos similares al aquí enjuiciado, pero en absoluto nos vinculan, por el

contrario esta Audiencia ya se ha pronunciado en casos similares al presente, en sentido contrario al de esas Audiencias.

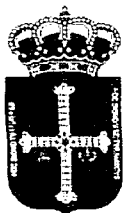
Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal (Sentencia de 24-5-2011. entre otras), estamos ante un contrato de los denominados como de gestión de riesgos financieros (Clip Bankinter, es el nombre comercial), en realidad un contrato "SWAP" o de permuta financiera de tipos de interés, y así 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.

Sobre este tipo de contratos este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse, en sentencias, además de la ya citada, de 29 de octubre, y 10 y 16 de diciembre de 2.010, 18 de febrero y 11 de junio de 2011, entre otras; y ya en la de 29 de octubre de 2010, con cita de la de esta misma Sección de 27 de enero de 2010, decíamos: «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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

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 (nacional) 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.

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 la reconvención 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.- Así pues, hemos de analizar, si en el caso aquí enjuiciado 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, artículo 1263 del Código Civil. Pues, en primer lugar, la demandante es una empresa pequeña, dedicada a la comercialización de azulejos, que no consta que

hubiera contratado productos financieros complejos con anterioridad. Segundo, el contratado es un producto complejo, y en cierto modo especulativo, 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. En este sentido ya se ha pronunciado este Tribunal en casos similares en las Sentencias ut supra ya citadas.

Tercero, en la fase precontractual, de formación del consentimiento, se discutió si el contrato fue ofertado como un seguro (tesis de la actora) vinculado a una póliza de descuento, o por el contrario se trataba de un contrato de gestión de riesgos financieros suscrito por la actora (tesis de la demandada) 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. La sentencia apelada acertadamente declara que no es un contrato de seguro, 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 él 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 a la vista de lo declarado por el comercial de la demandada, Sr.

, única persona interviniente en la operación, que solo tuvo con la administradora de la actora dos o tres conversaciones, que por otro lado, la primera fue en otra empresa, la del padre, donde quedaron para visitarla en la suya, fue general y referida a la protección ante las subidas

del tipo de interés del Euribor, no las bajadas; sin que se haya acreditado que la demandada le proporcionara a la actora ninguna documentación adicional.

En conclusión, era el Banco demandado el obligado, conforme a las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, a acreditar que proporcionó a la demandante la información necesaria, para que éste pudiera prestar un consentimiento informado sobre el producto que iba a contratar, y no lo ha hecho. No ha probado haber mantenido con el cliente más conversaciones que las indicadas, nada se le explicó caso de una posible bajada fuerte del tipo de interés euribor y sus consecuencias negativas para el cliente, ni del coste que le supondría una cancelación anticipada, de modo que hemos de concluir, que el contrato se concertó sin que el Banco hubiese dado al cliente 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 se 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.

Cuarto, falta de información previa que 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 y también la ya citada 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».

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.

Quinto, sostiene la recurrente que al estar vinculado el "SWAP" (aunque la apelante lo denomina CLIP, pero este es solo su nombre comercial) 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 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 de 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 este Tribunal en Sentencia de 24 de mayo 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. A lo que 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, sin que, como decíamos en se haya acreditado que el nominal contratado en el producto "Clip Bankinter" 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". De aplicación al presente caso, pues cuneta multilínea contratada al mismo tiempo tiene un límite de riesgo de 150.000, mientras que el "SWAP" se concertó con un nominal de 300.000 €, cantidad muy superior al riesgo crediticio que se deseaba garantizar.

QUINTO.- En conclusión, siguiendo la línea sentada en anteriores sentencias por esta Sala, entre otras, la ya citada de 29 de octubre de 2010, 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 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.

SEXTO.- Desestimado el recurso interpuesto, se imponen las costas causadas en esta instancia a la apelante, art. 398-1 y 394.1 de la LEC.

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la A. Provincial dicta el siguiente

F A L L O

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación de "BANKINTER S.A.", contra la Sentencia dictada el 24 de febrero de 2011, en autos de Procedimiento Ordinario 1224/2010 que se siguen en el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Gijón, que se confirma; con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta segunda instancia a la parte apelante.

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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIA.- En Gijón, uno de septiembre 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 0329 11.

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 0329 11 04 para el Recurso Civil-Extraordinario por infracción procesal y 3380 0000 12 0329 11 recurso Civil- Casación.

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

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com



PRINCIPADO DE
ASTURIAS