

Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Murcia
Sección: 4
Nº de Recurso: 1238/2012
Nº de Resolución: 149/2014
Procedimiento: Recurso de Apelación
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4 MURCIA

SENTENCIA:00149/2014

Rollo nº 1238/12

ILTMOS. SRES.:

D. CARLOS MORENO MILLÁN
PRESIDENTE

D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER
D. JUAN ANTONIO JOVER COY
MAGISTRADOS

En la ciudad de Murcia, a seis de marzo de dos mil catorce.

La Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Murcia y seguidos ante el mismo con el nº 2.920/2010, -rollo nº 1.238/2012-, entre las partes, actora PYME, con domicilio social en Murcia, calle ** nº **, con C.I.F. nº **, representada por el Procurador Sr. Abellán Baeza y dirigida por el Letrado Sr. Martínez Ripoll; y demandada, Bankinter, S.A., con domicilio social en Madrid, Paseo de la Castellana nº 29, con C.I.F. nº A-28157360, representada por el Procurador Sr. Gálvez Giménez y dirigida en el Juzgado por el Letrado Sr. Guerra Calvo y en la Audiencia por el Letrado Sr. Calero García. Versando sobre acción de nulidad de contrato de gestión de riesgos financieros.

Los referidos autos penden ante esta Audiencia Provincial en virtud de recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S.A., contra la sentencia de 2 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Murcia; siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Antonio Jover Coy, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La referida resolución contiene el siguiente fallo: “FALLO: Que estimando la demanda presentada por el Procurador D. PEDRO JOSÉ ABELLÁN BAEZA en nombre y representación de LA ENTIDAD MERCANTIL PYME contra LA ENTIDAD BANKINTER, S.A. representada por el Procurador D. MIGUEL ÁNGEL GÁLVEZ GIMÉNEZ, debo declarar la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en febrero de 2007 y el posterior de condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros (que se aporta como documento nº 4), firmado solo por D^a. ** y en el que solo se hace constar el año 2008, con recíproca devolución de las prestaciones percibidas, debiendo procederse a la total anulación de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato y como consecuencia del mismo, con restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de formalización de contrato, febrero de 2007, condenando a la

entidad bancaria demandada a estar y pasar por tales declaraciones, así como al pago de las costas procesales”.

Segundo.- Contra dicha sentencia interpuso Bankinter, S.A., recurso de apelación, del que se dio traslado a las demás partes personadas por plazo de diez días para que presentaran escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

Tercero.- Seguidamente se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, donde se formó el correspondiente rollo, con el nº 1.238/2012, y se señaló el 28 de febrero de 2014 para que tuviera lugar la votación y fallo del recurso, tras lo cual quedó éste visto para sentencia.

Cuarto.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- PYME interpuso demanda de Juicio Ordinario solicitando que se declarara la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros, suscrito en febrero de 2007 por la actora con Bankinter, S.A., y el posterior de “condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros”, con recíproca devolución de las prestaciones percibidas, debiendo procederse a la total anulación de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato y como consecuencia del mismo, con restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato, condenando a Bankinter, S.A., a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de intereses legales.

Exponía la representación de la actora que aprovechando la relación de confianza de PYME con Bankinter, S.A., un empleado de ésta ofreció a la firma un contrato de gestión de riesgos financieros, que la actora firmó en la creencia de que con ese producto quedaba asegurada frente a las oscilaciones que tuviera el mercado derivadas de las alteraciones de los tipos de interés, dado que sus préstamos estaban a tipo variable, por lo que la actora entendió que el producto ofertado era un seguro de cobertura por si subían los tipos de interés de los contratos que tenía firmados con Bankinter. La cantidad con la que se referenció el producto fue de 400.000 euros.

A partir de mayo de 2009 se empezó a cargar en cuenta cantidades superiores a los 2.000 y 3.000 euros, por lo que PYME pidió explicaciones a Bankinter, explicando el empleado de Bankinter D. Lucas Navarro Martínez que las liquidaciones eran correctas, pero ni el producto suscrito era sencillo, ni servía para asegurar los cambios en los tipos de interés de los préstamos concertados por PYME.

Se decía en la demanda que PYME fue víctima de un producto financiero tóxico, concretamente un SWAP.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, al considerar que se trataba de un tipo de contratación financiera compleja que exigía para el cliente o inversor unos ciertos conocimientos técnicos o una experiencia previa para saber las condiciones del contrato, haciéndose necesaria la exigencia de un estricto y singular deber de información. La falta de información sobre las circunstancias esenciales del contrato impedía una adecuada formación del consentimiento.

En el caso enjuiciado, apreció el Juzgado que ni el representante legal de la actora, ni D^a. **, tenían conocimientos financieros para entender el alcance de un contrato como el ofertado.

Igualmente consideró el Juzgado que el contrato se ofreció por el Banco como un seguro de tipos de interés, cuando ésa no era la verdadera causa del contrato. En el expositivo del Contrato Marco había una alusión al riesgo, pero no se concretaba de forma clara la posibilidad de pérdidas, ya que se aludía a reducción o anulación de beneficios.

Además el Banco demandado no había probado que hubiera proporcionado a la demandante la información necesaria para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar. Tampoco informó el Banco, como conocedor de la situación de los mercados y de las previsiones de evolución de los tipos, de que la contratación del producto financiero a comienzos de 2008 era desaconsejable y de especial riesgo, en función de la previsible evolución de los mercados.

En definitiva, quedaba de manifiesto la existencia de un clausulado con información oscura e indeterminada que viciaba el consentimiento.

Por otra parte, entendió el Juzgado que no constituía acto propio el hecho de que el cliente no pusiera objeción a liquidaciones anteriores en las que el saldo fue positivo a su favor, o que hubiera contratado en el año 2005 un producto semejante sobre el que no formuló alegación alguna, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 23-11-2004, y con el hecho de que sólo se alcanza a comprender el error sufrido cuando los saldos comienzan a ser negativos, porque sólo en ese momento se conoce el elevado coste que supone la cancelación anticipada de esos productos.

Concluía el Juzgado que todo ese cúmulo de desinformación se traducían en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, que quedaba afectado por un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alegaba.

Segundo.- Mediante el recurso de apelación interpuesto, pretende la representación de Bankinter, S.A., que se revoque la sentencia apelada y se dicte otra absolviendo a la entidad bancaria apelante, o subsidiariamente que se revoque el pronunciamiento de condena en costas contenido en la sentencia apelada.

Alega en primer lugar la apelante infracción de normas o garantías procesales por infringir la sentencia apelada las normas reguladoras de los requisitos internos de las sentencias, concretamente el artículo 218-2 de la Ley de Enjuic. Civil, por falta de motivación. Sin embargo, la afirmación de que no era creíble que el afamado Despacho de Abogados y Economistas que interpuso la demanda no pudiera entender de forma clara e indubitada los elementos esenciales del contrato de permuta financiera objeto de este proceso, queda cuestionada porque no se trataba de un despacho de Abogados y Economistas, sino de Abogados y Consultores, sin específicos conocimientos sobre productos financieros.

Por ello tiene plena virtualidad lo recogido en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 respecto a que de ordinario existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. - Circunstancia que no concurre en el caso enjuiciado -. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros.

Tercero.- La siguiente alegación de la apelante se refiere a una supuesta infracción del artículo 217-2 de la Ley de Enjuic. Civil porque la parte actora no ha probado que hubiera error como vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato de gestión de negocios.

Tal infracción no concurre porque en el mercado de productos financieros la carga probatoria acerca del correcto asesoramiento e información 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 del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes. Sobre todo, tratándose de contratos de adhesión, redactados unilateralmente por Bankinter, S.A.

Igualmente alegó la apelante infracción de las reglas de valoración de la prueba (art. 218-2 de la Ley de Enjuic. Civil en relación con los artículos 316, 319, 326 y 348), lo que también debe ser desestimado, no sólo porque no se puede presumir que la sociedad actora fuera una inversora experimentada y con pleno conocimiento por haber adquirido otros productos financieros con anterioridad, sino también porque el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo, conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato.

Lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La siguiente alegación de la apelante consiste en infracción de las normas sustantivas aplicables para resolver la cuestión objeto del proceso. Concretamente, infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta.

Alegación que también debe ser desestimada, porque el deber que pesa sobre la entidad financiera no se debe limitar a cerciorarse de que el cliente minorista conozca bien en qué consiste el swap que contrata y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además tiene que haber evaluado que era lo que más convenía al cliente, en atención a su situación financiera y al objeto de inversión perseguido.

Finalmente, cuestiona la apelante el pronunciamiento sobre costas porque el Juzgador tendría que haber reconocido serias dudas de hecho y de derecho.

Pero no sólo no hay referencia a tales dudas en el fundamento de derecho décimo de la sentencia apelada, sino que además son muy numerosas las sentencias sobre swaps o contratos financieros que vienen declarando la nulidad total de tales contratos por estar viciado el consentimiento a consecuencia de haber padecido error el cliente que contrataba con la entidad financiera.

Además la actora intentó llegar a una solución amistosa y extrajudicial con Bankinter, S.A., mediante un acto de conciliación, que se celebró sin avenencia.

Por todo ello se debe desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada.

Cuarto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el 394 de la Ley de Enjuic. Civil, procede imponer a la apelante el pago de las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S.M. el Rey

Fallamos que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S.A., representada por el Procurador Sr. Gálvez Giménez, contra la sentencia de 2 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Murcia en autos de Juicio Ordinario nº 2.920/2010 de los que dimana este rollo, -nº 1.238/2012-, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la apelante el pago de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de

Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.