

Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Salamanca Sección: 1
Nº de Recurso: 274/2012
Nº de Resolución: 448/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ANTONIO MARTIN PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA SENTENCIA: 00448/2012

SENTENCIA NÚMERO 448/12

ILMO SR PRESIDENTE DON JOSÉ R. GONZÁLEZ CLAVIJO ILMOS SRES MAGISTRADOS DON JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO DON JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ (SUPLENTE) En la ciudad de Salamanca a treinta de Julio del año dos mil doce. La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio Ordinario Nº 741/11 del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 274/2.012** ; han sido partes en este recurso: como demandante apelado **ESTANDUGAR, S.L.**, representado por el Procurador Don Rafael Cuevas Castaño, bajo la dirección del Letrado Don José Alberto Santos de Paz; y como demandado apelante **BANKINTER, S.A.** , representado por la Procuradora Doña María Jesús Hernández González , bajo la dirección de la Letrada Doña Mónica Rodríguez Paniagua .

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.-El día veintidós de Febrero de dos mil doce, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 6 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don Rafael Cuevas Castaño en nombre y representación de Estandugar S.L., contra Bankinter S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Jesús Hernández González, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de riesgos financieros suscritos entre Estandugar S.L. y Bankinter denominados "Clip Bankinter 2, de fecha 15 de marzo de 2005 "Clip Actualizado Bankinter 11.2+3, de fecha 17 de marzo de 2005 y "Clip Bankinter 11.2+3, de fecha 13 de septiembre de 2007 y en consecuencia, acuerdo la restitución recíproca de todos los pagos efectuados a raíz de las operaciones ejecutadas en el vigencia de los contratos, con sus intereses legales desde la fecha de solicitud de nulidad a través del procedimiento monitorio, a determinar en ejecución de sentencia sobre la información que justifique el banco de cobros realizados y pagos efectuados, y debo condenar y condeno a la demandada a que abone las costas del pleito."

2º.-Contra referida sentencia se preparó recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada que fue formalizado en tiempo y forma y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la revocación de la resolución recurrida, dictándose otra en la que se desestime la demanda interpuesta de adverso, en consecuencia absolviendo a Bankinter y declarando la validez de los referidos contratos, con imposición de las costas de ambas instancia a la actora . Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de ésta se presentó escrito de oposición al mismo, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para

terminar suplicando la confirmación de la sentencia recurrida, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

3º.-Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la votación y fallo del recurso el día veintitrés de Mayo de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.-Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ, Suplente.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-La sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 6 de Salamanca con fecha 22 de febrero de 2012 estimó la demanda de procedimiento ordinario sobre nulidad de contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre la actora y la entidad bancaria BANKINTER S.A con base en la existencia de error en la celebración del contrato.

Por la representación procesal de BANKINTER S.A, se interpone recurso de apelación alegando que la acción de nulidad carece de fundamento al no existir error que haya podido viciar el consentimiento, correspondiendo al demandante la carga de probarlo; que en todo caso, el error no sería excusable, además de errónea valoración de la prueba.

SEGUNDO.-Alega la recurrente que la sentencia es contraria a Derecho porque estima una acción de nulidad carente de fundamento. En concreto, alega que la demandada no tenía la carga de probar que informó adecuadamente a la demandante de los productos contratados, sino que era la demandante quien debía haber probado que sufrió el error; añadiendo que la Ley del Mercado de Valores no es de aplicación al contrato litigioso, pues tal como han reconocido la CNMV y el Banco de España, al existir una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura deben ser sometidos al régimen de protección del cliente bancario y tener tales garantías y no las del inversor, ya que no se 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.

No se discute tal criterio, pero es cuestionable que en la presente litis estemos simplemente ante un producto bancario con un instrumento de cobertura vinculado, en atención a que el cliente únicamente tiene firmada con el banco una póliza de descuento bancario por 32.000 euros, pero los dos seguros o instrumentos de cobertura carecen de razón de ser dada la evidente desproporción entre el riesgo contratado y el que se tenía que asegurar, al ser uno de los SWAPS por 800.000 euros y el otro por 200.000 euros.

Por otra parte, el hecho de que estemos ante un producto bancario al que es aplicable su legislación específica, no significa que el cliente bancario no goce de protección y que no existan deberes de información por parte del Banco. Sobre ello hay una abundante normativa sectorial, que en materia de transparencia se condensa y actualiza en la reciente *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, que en su art. 24 contiene expresamente obligaciones referidas a " *Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés* ". Aunque esta norma no sea aplicable a los contratos de esta litis por no

estar vigente cuando se celebraron, lo cierto es que sintetiza obligaciones de información y de transparencia que ya aparecían en otras normas previas.

Con independencia de la aplicabilidad o no de la Ley del Mercado de Valores, no es excusable la actitud de la entidad bancaria a la hora de asesorar e informar adecuadamente a su cliente respecto a los aspectos relevantes del producto que se le está vendiendo, ello en razón de las exigencias generales de claridad y transparencia a las que también está sometida la práctica bancaria, y del principio general de buena fe. Éste obliga en general al vendedor a poner en conocimiento del comprador todas las circunstancias del producto que sean esenciales en la decisión de contratar y, desde luego, a no ocultar deliberadamente aspectos relevantes o incluso a transmitir información que no resulta cierta. Y permite exigir a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente, especialmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente pueda tener una adecuada percepción del contrato y decidir con suficiente conocimiento de causa. Como señala el juzgador a quo, el denominado Swap no es un producto financiero simple y sencillo, sino que se trata de un producto complejo, lo que supone que deba exigirse a la entidad bancaria que comercializa el producto un esfuerzo explicativo a fin de lograr una perfecta y completa comprensión por parte del cliente no sólo del contenido de sus cláusulas sino también de las ventajas y de los riesgos inherentes al producto ofertado. El principio de buena fe y el cumplimiento de la normativa bancaria imponía a la demandada la obligación de explicar e ilustrar al cliente no sólo las consecuencias de una subida, sino también de una bajada de los tipos de interés mediante ejemplos que dieran al futuro contratante una idea exacta de los desembolsos que en tal caso debería efectuar el cliente.

Respecto a la alegación de que la entidad demandada no tenía la carga de probar que informó adecuadamente, ha de señalarse que tal aspecto sería relevante si se hubiese estimado la demanda argumentando exclusivamente el incumplimiento de una obligación de información, pero no cuando se resuelve la litis confirmando la existencia de un vicio de la voluntad como es el error, para cuya concurrencia es útil el describir la infracción de un deber previo de información, pero también puede existir sin que existiera tal deber. Además, hay que advertir que no se concluye con la existencia de error simplemente porque la demandada tuviera la carga de probar y no haya probado que cumplió la obligación de informar, sino que tal incumplimiento queda acreditado y permite ser deducido directamente de las condiciones generales del contrato, que como se analizará, no informan adecuadamente de todas las reales consecuencias que tendría una bajada en los tipos de interés. En todo caso, la entidad bancaria también ha de probar que cumple con las exigencias de claridad y transparencia en la práctica bancaria, sin embargo, no existe constancia escrita alguna de que aquella información fuera suministrada. Como señala la Sentencia AP de Pontevedra de 30 de septiembre de 2011, la carga de la prueba sobre la información suministrada debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible es la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

TERCERO.-Respecto a la existencia de vicio del consentimiento, está suficientemente fundamentada la existencia del error invalidante del contrato, tanto por no haber informado al cliente del riesgo de este tipo de contrato, y las reticencias habidas tanto en la venta del producto como en la modificación aconsejada y firmada en claro perjuicio del cliente.

La lectura de las condiciones generales y particulares de los Clips suscritos por el actor confirman la falta de información adecuada. En el Exponiendo I de las condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros, se dice que el cliente por razón de su actividad mercantil se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión pretende optimizar. Y el decisivo es el II en cuanto dispone que "el cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada, o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir o incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato". Del contenido de esta cláusula lo que se desprende con bastante claridad es que el contrato era un negocio seguro para el cliente, que en el peor de los casos, no le ocasionaría perjuicio alguno, sino, todo lo más, se anularía el beneficio económico esperado.

Tampoco resulta clarificadora la cláusula 3ª, al hacer referencia a que el producto implicaría que periódicamente se realizaran una serie de liquidaciones, que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente, pues como señala el juzgador a quo, si se examinan las condiciones particulares, en éstas se contempla únicamente la subida de tipos de interés.

La propia explicación del producto contratado que hace la recurrente en el recurso, idílica en cuanto ajena al resultado real que puede provocar, sigue induciendo a error, al insistir en que no se trata de un producto especulativo, pues "la finalidad de la cobertura que ofrece el Clip es neutralizar el riesgo de las subidas del Euribor, lo que el cliente adquiere no es una apuesta especulativa sobre el Euribor (si sube gano y si baja pierdo), sino la certeza y tranquilidad de que el coste financiero de la deuda a tipo variable no va a pasar nunca del tipo fijo pactado. En definitiva, no se trata de ganar con las subidas del Euribor o perder con las bajadas, sino de ganar tranquilidad frente a las subidas con el coste de oportunidad de no beneficiarse plenamente de las bajadas". Esta explicación, coincidente con lo que se desprende del clausulado contractual, justifica por sí misma la existencia del error provocado en el cliente bancario, pues se le asegura que estará protegido frente a las subidas de tipos y se le induce a pensar que apenas tendrá consecuencias la bajada de los mismos, sin que en ningún momento se advierta o simplemente se describa la posibilidad efectiva de pérdidas o desembolsos.

Poca o ninguna relevancia para justificar la inexistencia de error tiene el contexto en el que se firmaron los contratos, en el cual existía una tendencia al alza del Euribor, pues no sirve para probar que efectivamente la actora era consciente de las consecuencias de una eventual bajada de los tipos de interés.

No hay argumentos para entender, como pretende la recurrente, que la actora conocía perfectamente el tipo de contrato que firmaba y las obligaciones derivadas del mismo, ni por ser administrador de dos empresas debe concluirse que "no es posible sostener que creyera estar contratando un seguro contra la subida del Euribor", cuando la descripción que hace la propia recurrente del producto incide precisamente en ese aspecto, niega el carácter especulativo y tiene como fin principal el dar tranquilidad. Lo cierto es que cualquier persona podía perfectamente creer que estaba contratando un seguro contra la subida de los tipos. Y el hecho de que en los primeros años la actora percibiera liquidaciones positivas no puede utilizarse para alegar que la demanda de nulidad contraviene la doctrina de los actos propios, dado que la base de tal nulidad es el error en

que se incurre por no haberle proporcionado información clara y completa, pues sí se le informa de los efectos de una subida del Euribor, pero no de todos los posibles efectos de se derivarían de una caída.

Aunque se otorgara razón a la recurrente cuando señala que "el funcionamiento es francamente sencillo, pues si el Euribor está por encima de los límites pactados el cliente va a recibir una liquidación positiva (un ingreso en cuenta), mientras que si está por debajo va a recibir una liquidación negativa (un adeudo en cuenta)", en lo que no puede coincidir es en que el clausulado del contrato ofrezca la suficiente información al respecto. Sí tiene razón al señalar que "la mercantil demandante al suscribir los contratos no buscaba rendimientos especulativos sino al contrario buscaba protegerse de las subidas del Euribor, en relación al endeudamiento que la empresa tenía referida a este índice a interés variable".

En definitiva, existe error en el consentimiento porque lo vendido no se ajusta a lo ofertado, se corresponde con un producto especulativo y no un seguro para optimizar la variación de tipos de interés, sin que se ofrezca información precisa al respecto y, especialmente, sin informar que las pérdidas son posibles, dejando en cambio constancia del riesgo de no existencia de beneficios.

En un caso similar, esta Audiencia Provincial, en sentencia de 17 de octubre de 2011, estableció una doctrina también aplicable aquí, al disponer que "*si no puede estimarse debidamente acreditado que por parte de la entidad demandada se informara adecuadamente a los demandantes acerca del objeto y finalidad del contrato de gestión de riesgos financieros, así como, no solo de las ventajas derivadas en el supuesto de subida del tipo de interés, sino también del importante riesgo que asumían en caso de producirse una bajada del mismo, y si ello tampoco resulta en forma clara de las propias estipulaciones tanto de las Condiciones Generales como de las Condiciones Particulares del contrato, no puede sino concluirse que los demandantes, al firmar el contrato en la creencia de que el mismo operaba como una especie de seguro para cubrir el incremento del riesgo financiero derivado de la subida del tipo de interés, incurrieron en error sobre la misma esencia del contrato, ya que en realidad estaban concertando un producto muy diferente, el que ciertamente les cubría el incremento en la cuota de sus préstamos hipotecarios por la subida del tipo de interés que en esos momentos se estaba produciendo, pero que también comportaba una desventaja de mayor cuantía en el caso de que se produjera una bajada del tipo de interés, a la que por lo demás ninguna referencia se hacía ni en la ficha comercial del producto ni en las Condiciones Generales o Particulares del contrato*".

CUARTO.-Alega también la recurrente que en todo caso el error no sería excusable, sino una grave negligencia de la actora. Argumenta que el contrato contenía información suficiente para que la demandante pudiera comprender "(i) la naturaleza del producto; y (ii) los riesgos y beneficios que la mecánica del mismo le producía", por lo que "si la contraparte fue víctima de algún error al firmar el contrato, tal error no sería excusable, sino únicamente imputable a su grave negligencia, pues la actora no leyó el contrato".

Sin embargo, el motivo parte del presupuesto de que el contrato era claro y contenía información suficiente sobre los riesgos que podía generar producto, lo cual ya ha sido abundantemente descartado. Por ello, carece de relevancia si el cliente leyó o no el contrato, pues el error en que incurre la actora está justificado en el propio documento que contiene las condiciones generales del contrato, dado que las propias condiciones generales no informan adecuadamente de las posibles

pérdidas que pueden llegar a ser cuantiosas, limitándose a advertir que el riesgo puede provocar una reducción o incluso anulación del beneficio económico esperado. Por tanto, el motivo también ha de ser desestimado, dado que parte del presupuesto de que el contrato contenía información suficiente, lo cual no es aceptable.

QUINTO.-Se alega también por la recurrente error en la apreciación de la prueba al no tener en cuenta la sentencia de instancia que las condiciones generales, contrato marco del contrato de gestión de riesgos financieros, fue intervenido por notario, y mediante oficio de la notaría se acredita que tal documento es el mismo que se intervino el día 15 de marzo de 2005 junto a la póliza para el descuento de efectos de comercio y otras operaciones.

Sin embargo, no se comparten las conclusiones que pretende extraer la recurrente del hecho de la intervención notarial de tales condiciones generales, en concreto, que conforme al art. 145 del Reglamento del Notariado hace prueba plena de que el consentimiento se ha prestado libremente y de que su otorgamiento se ajusta a la legalidad y a la voluntad debidamente informada. Pues lo único que puede considerarse acreditado a través de la intervención notarial es que la actora conocía tal contrato marco suscrito ante notario, pero en modo alguno se garantiza que en razón de su contenido no se pudiese inducir a error a la otra parte. Pues hay que recordar que las consideraciones del juzgador a quo para llegar a la conclusión de la nulidad del

contrato por error son fundamentalmente de índole material, es decir, en razón del contenido del contrato, de las cláusulas y de las informaciones suministradas, y en concreto, de la insuficiencia del contenido de ese contrato para evitar incurrir en una falsa representación de la realidad respecto del tipo de operación que se estaba celebrando. No se basa la sentencia en consideraciones de tipo formal, como pudiera ser el incumplimiento de los deberes de inclusión o incorporación al tratarse de condiciones generales, como sería el hecho de no proporcionarse las mismas o no estar firmadas. Y lo cierto es que la intervención notarial no garantiza que el contenido del clausulado sea suficientemente claro y no induzca a error a los contratantes respecto a los efectos y alcance de la operación que se realiza. Más aún cuando tal clausulado general del contrato de gestión de riesgos financieros se adjunta y se interviene junto a la póliza para el descuento de efectos de comercio, pero independizado de los documentos contractuales en los que aparecen los elementos esenciales y las condiciones particulares de los contratos de permuta financiera de tipos de interés, los cuales no fueron objeto de intervención notarial. Carece de lógica la desconexión realiza por la entidad entre los documentos con las condiciones particulares y el que contiene las condiciones generales y, desde luego, tal práctica no permite asegurar que el cliente tuviera consciencia realmente de que tal clausulado fuera unido y completase los contratos del producto Clip Bankinter, al ir unido al contrato de descuento. Es decir, la operativa lleva al desconocimiento del cliente de que aquello que está firmando se refiere a otro producto (el Clip) firmado en documento privado y no público.

Tampoco puede apreciarse error en la valoración de la prueba por el hecho de que en su declaración el representante legal de la actora reconociera que tiene suscritos otros contratos bancarios como hipotecas, fondos de inversión o acciones bursátiles, pues no son elementos suficientes para considerar que se trata de un inversor avezado, dado que se trata de contratos e inversiones que hoy están muy generalizadas, que un consumidores medio suele adquirir, en buena medida por las técnicas comercializadoras y la persuasión de las entidades bancarias, sin que por ello tengan que ser considerados expertos. No pueden extraerse las conclusiones pretendidas del perfil del

representante legal de la actora -médico de profesión-, ni del objeto social de la sociedad actora, relacionada con la adquisición de inmuebles para su arrendamiento.

Lo cierto es que el juzgador a quo lleva a cabo un completo y razonado análisis de la prueba practicada para llegar a esclarecer los aspectos fácticos que estaban por determinar, llegando a unas conclusiones bien fundamentadas y difíciles de objetar, por lo que procede ratificar la valoración de la prueba realizada

SEXTO.-Sin necesidad de mayores consideraciones, procede desestimar el recurso formulado, confirmar la sentencia recurrida e imponer al recurrente las costas causadas en esta alzada a virtud de lo prevenido en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como declarar la pérdida del depósito constituido.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **BANKINTER S.A.**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 6 de Salamanca con fecha 22 de febrero de 2012, en los autos originales de que el presente Rollo dimana, debemos confirmarla y confirmamos íntegramente, con imposición al apelante de las costas del presente recurso, y con declaración de la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.