



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 3
BURGOS**

SENTENCIA: 00445/2010

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE
BURGOS
Sección 003**

Domicilio : SAN JUAN 2

Telf : 947259950

Fax : 947259952

Modelo : SEN090

N.I.G.: 09059 42 1 2009 0007222

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000320 /2010

Juzgado procedencia : JDO.DE LO MERCANTIL N.1 de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000758 /2009

RECURRENTE : BANKINTER CONSUMER FINANCE EPC SA

Procurador/a : FERNANDO SANTAMARIA ALCALDE

Letrado/a : LUIS PURAS RIPOLLES

RECURRIDO/A :

Procurador/a :

Letrado/a :

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **DON JUAN SANCHO FRAILE**, Presidente, **DOÑA MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR** y **DON FELIX VALBUENA GONZÁLEZ**, ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A N º 445

En Burgos, a diez de Noviembre de dos mil diez.

VISTOS, por esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos el rollo de Sala núm. **320/2010**, dimanante de Procedimiento Ordinario 758/2009, del Juzgado de lo Mercantil número uno de Burgos, en recurso de apelación interpuesto contra sentencia de fecha 20 de abril de 2010, sobre nulidad de contratos de gestión de riesgos financieros, en el que han sido partes, en esta instancia, como demandantes-apelados,

, S.L.; , S.L.;

S.L.; , S.L.

S.L.; S.L. y

J M , representados por el Procurador don Miguel Ángel Esteban Ruiz y defendidos por la Letrada doña Susana Santamaría Santamaría; y, como demandada-apelante, BANKINTER, S.A., representada por el Procurador don Fernando Santamaría alcalde y defendida por el

Letrado don Luis Vicente Puras Repolles. Siendo Ponente, el ILMO. SR. MAGISTRADO DON JUAN SANCHO FRAILE, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: " Que estimando como estimo la demanda presentada por el Procurador Sr. Esteban Ruiz en representación de las Mercantiles

S.L.",

S.L.",

S.L.",

S.L.",

S.L.",

S.L.", y

de D. J M , debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros y sus condiciones particulares acompañados como documentos nº 6, 7, 23, 24, 38, 39, 55, 56, 64, 85, 86, 87, 101, 117 y 133, suscritos respectivamente por los actores con la Mercantil "BANKINTER, S.A.", así como cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de cuanto aquí se pretende, debiendo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración, debiendo volver las partes a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la firma de referidos contratos, debiendo condenar y condeno a la demandada a la devolución de las cantidades que se deducirán de restar las abonadas a los actores por cantidades que se deducirán de restar las abonadas a los actores por la demandada, de las cantidades cobradas por ésta, hasta la fecha de este Resolución, con expresa imposición de costas a la demandada".

2º: Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de la demandada, se presentó escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó, mediante otro escrito, dentro del término que le fue concedido al efecto. Dado traslado a la parte contraria, para que en término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución apelada, presentó escrito de oposición al recurso, que consta unido a las actuaciones, dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día nueve de Noviembre de dos mil diez, en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la representación de la sociedad demandada, se apela la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación, desestimándose íntegramente la demanda declarando la plena validez de los contratos de gestión de riesgos financieros y sus condiciones particulares; y la condena a la parte actora del pago de las costas de esta apelación y de la primera instancia.

La parte apelante viene a fundar la impugnación de la sentencia recurrida en una apreciación errónea de la prueba sobre las características y riesgos del producto contratado, que se pueden inferir de una simple lectura de los documentos contractuales; cuestión que se conecta con otra de naturaleza jurídica, en la que se funda la sentencia de instancia, como es la existencia de error, en cuanto vicio invalidante del consentimiento prestado, conforme a los arts. 1.265 y 1.266 C.Civil.

Conviene, entonces, subrayar que, para que el error sea invalidante del consentimiento, como vicio de la voluntad negocial, es preciso que sea sustancial o esencial, sobre las condiciones que hubieren dado motivo a la celebración del contrato, atendida su finalidad –en este sentido SSTS 12 julio 2002, 24 enero 2003 y 12 noviembre 2004-.

Por otra parte que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe.

SEGUNDO.- Para la apreciación de este criterio jurídico es determinante valorar el contenido de los contratos litigiosos, de permuta financiera de tipo de interés –contrato Swap, o Clips, como lo denomina la sociedad demandada y apelante-, que describe y define la sentencia recurrida en el Fundamento de Derecho Tercero, folio 671, como un contrato “en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nocional en una misma moneda, precisando que en este caso el cliente se comprometía a pagar a un tipo de interés fijo en referencia al Euribor a cambio de recibir de Bankinter un tipo de interés variable referido al Euribor. Cabe decir, por tanto, 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”.

Los contratos litigiosos contienen unas Condiciones Generales y otras Particulares.

Entre las primeras, procede destacar y hacer las consideraciones jurídicas siguientes:

A) En el Exponen II se dice, "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 e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato".

Es patente la ambigüedad de su redacción, como se infiere de diversas expresiones que se expresan. Así, se alude a "un cierto grado de riesgo" – algo, pues, indeterminado, como poco significativo de lo que comporta "derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos" – señalándose, enunciativamente la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, sugiriendo que pueden variar, pero omitiendo algo tan sencillo como subir o bajar- y lo que es más significativo de esta ambigüedad, la referencia a que la evolución de los tipos de interés "sea contraria a la esperada", esto es, que bajen, muy por debajo del tenido en cuenta, que "podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente en el presente Contrato" – omitiéndose que daría lugar a tener que pagar por su parte, y cantidades importantes en caso de cancelación anticipada; sin que el contrato tuviera ese aspecto aseguratorio, de equilibrio de las prestaciones; no en sentido técnico-jurídico de seguro, como alega la parte apelante-.

Es decir, se sugiere que lo mas que le podría pasar al Cliente es que se redujera o se quedara sin percibir alguna compensación económica, pero no que tuviera que pagar cantidades importantes o desproporcionadas, especialmente, para el caso de cancelación anticipada.

B) En la Cláusula 3 se establece la realización de liquidaciones que pueden generar un resultado positivo o negativo para el cliente, remitiéndose a las Condiciones Particulares respecto a su periodicidad y fórmula aplicable para obtener el neto que sirva de apunte en la cuenta de liquidación. Es verdad que, en esta Cláusula, se advierte de un eventual resultado negativo para el Cliente, pero sin conocer su posible alcance, al hacerse depender de la fórmula que figure en las condiciones particulares.

C) La Cláusula 1 revela la dinámica contractual que lleva a la suscripción del contrato, en la expresión "el Banco ofrecerá al Cliente", el conjunto de instrumentos financieros de gestión del riesgo, "con la finalidad de que éste (el Cliente) pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos financieros asumidos en sus operaciones comerciales". Es el Banco el que

configura los instrumentos financieros que ofrece, expone, al Cliente, para que, éste, en virtud de lo ofrecido, que es la voluntad declarada del Banco, pueda ponderar sus características financieras, para adecuarla a sus riesgos financieros, asumidos en sus operaciones comerciales. Pero esta decisión, en razón a esta ponderación, que es su finalidad negocial, dependerá de lo que le ofrezca el Banco, de cualquier forma, y no solo por la literalidad del contrato impreso, al que se adhiere el cliente –los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado, “sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”, como establece el art. 1.258 C.Civil.

D) Refuerza esta posición relevante del Banco el hecho que sea “a propuesta del Banco” el que el cliente pueda contratar durante el periodo de comercialización –Cláusula 4-. El Cliente solo puede contratar aquello que el Banco propone (posición que se reitera al final de esta Cláusula para las condiciones particulares de los productos “que le sean ofrecidos por el Banco”).

E) Esta posición privilegiada del Banco, y de disponer, en su favor, de las obligaciones contractuales, se patentiza en la Cláusula 5, en la que el cliente reconoce el derecho de Banco de revocar la oferta, por circunstancias sobrevenidas en el Mercado, que alteren sustancialmente la situación existente cuando se hizo la oferta, solo “a juicio del Banco”, sin que el Cliente pueda exigir su cumplimiento, ni resolver, del mismo modo, el contrato marco.

F) La cláusula 6 concede al cliente la facultad de cancelar anticipadamente su producto, cuyo resultado económico “vendrá determinado por las condiciones del mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el Cliente”; circunstancias económicas, elevadas a categoría jurídica, que se ha demostrado de importancia sustancial del contenido contractual, en perjuicio del Cliente, que desconocía que pudiera llegarse a esa situación tan desproporcionadamente perjudicial, que, de la literalidad del contrato no podía obtener, y salvo que fuera informado cumplidamente de tal eventualidad, que el Banco podía prever, aunque fuera dentro de unos márgenes mas aproximados.

Pero es que, además el apartado segundo de esta cláusula, da a entender que, este resultado económico, teniendo su cuenta ese mismo concepto jurídico indeterminado de “condiciones de mercado”, lleve a “verse minorado” por el coste o perjuicio ocasionado al Banco, cuando la realidad, como es visto, no ha consistido en una mera minoración, se entiende, de algo que se percibe, sino la obligación de abonar cantidades importantes.

Ni al Cliente se le concede la misma facultad resolutoria por “variación sustancial de las circunstancias de sirvieron de base para la formalización de la operación-”, por las condiciones existentes en el mercado.

Es verdad que hay una referencia a que la liquidación puede ser positiva o negativa, pero en base a unas condiciones del mercado, no explicitadas, y en un contexto contractual, cuyas consecuencias económicas no se comprenden por un Cliente, consumidor normal o medio, incluso habituado a realizar operaciones financieras básicas, como hipotecas y crediticias.

G) Esta posición contractual favorable del Banco se aprecia en las garantías que conviene, los aspectos procesales que regula, o las diferentes exigencias para la cesión de la posición contractual que contempla la Cláusula 9.

TERCERO.- En cuanto a las Condiciones Particulares, básicamente, no modifican las consideraciones jurídicas antecedentes, especialmente, lo que concierne a la cancelación anticipada, que se vincula a la situación de mercado; y liquidaciones periódicas, resultante del neto de los conceptos Cliente Paga y Cliente Recibe, de modo que puede cobrar o pagar. Pero en qué medida puede repercutir en la cancelación anticipada la situación del mercado o precios de mercado, nada se desprende, abstracción hecha de la indeterminación de los factores o elementos que comprenden la situación o precios de mercado.

Despejados los aspectos del contenido contractual que interesan al objeto del proceso, la cuestión, ahora, es dilucidar su incidencia en la formación válida y eficaz de la voluntad negocial del Cliente y la prestación de su consentimiento.

Prima facie, podría 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, lo que no consta se hiciera de esa forma, lo que incumbe probar a la parte demandada, no ya solo porque es algo que a ésta corresponde efectuar, siendo la parte que ofrece el producto, 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, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria –ex art. 217-7 LEC- del cumplimiento efectivo de una información adecuada, la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias, a cuyas condiciones el consumidor solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del art. 79.1, a),c) y e) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, lo que corrobora el R. Decreto 629/1993, 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, proporcionando toda la que pueda ser relevante, "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"- art. 5.3.-.

La Ley 47/2007, 19 de diciembre, que modifica L.M.V., introduce el art. 79 bis regulando los deberes de información frente al cliente no profesional, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero ofrecido, para que el cliente pueda tomar las decisiones correspondientes con conocimiento de causa, y no verse sorprendido con situaciones, imprevistas para él, y sobre los que no había sido advertido.

Deber de información en fase precontractual y contractual sobre el que ha insistido el Real Decreto 217/2008, 15 febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión –ex art.64-.

No ofrece duda el deber de información normativa que tiene la sociedad demandada, sobre un producto financiero que ofrece al Cliente, con el contenido contractual puesto exclusivamente por ella, como la carga procesal de acreditar que cumplió de una forma efectiva y adecuada con esta obligación respecto del Cliente, lo que no consta que así fuera.

CUARTO.- Siendo esto así, concurren las condiciones del error invalidante del consentimiento contractual, como argumenta la sentencia de instancia, a lo que nos remitimos e integramos en esta resolución –técnica jurídica de motivación admitida por el T. Constitucional, SSTC 171/2002, de 30 de septiembre, y 223/2003, de 15 de diciembre-.

Únicamente, subrayar, que el error recae sobre condiciones esenciales del contrato, como son sus consecuencias económicas en el ejercicio de facultades reconocidas en el mismo; no es imputable a quien lo padece, excusable, por ser imprevisible e inevitable para quien incurre en el error, en el desconocimiento o conocimiento equivocado de aspectos esenciales del contenido contractual, y su relación causal con el negocio concertado, y su finalidad, que para el Cliente era la de disminuir los perjuicios que pudieran derivarse de las fluctuaciones de los tipos de interés variable, que estaban al alza; que se vio frustrada ante la situación contraria, sin que de la lectura del contenido del contrato se desprendieran las consecuencias perjudiciales realmente producidas ni informadas sobre ellas (sin limitación contractual para las bajadas de los tipos de interés, ni diferencial alguno, y permaneciendo inamovible el nominal inicial, con abstracción de la deuda amortizada).

El Cliente desconocía que el coste de la cancelación comprendía el pago de todas liquidaciones a abonar desde su solicitud hasta la fecha del vencimiento del contrato, lo que no se desprende de la Cláusula 6 de las Condiciones Generales ni de las Ventanas de Cancelación de las Particulares.

Ni consta que los Clientes recibieran la información adecuada ni se les hiciera algún test de perfil para ponderar la adecuación del producto al Cliente, ni éste podría obtener un conocimiento exacto del alcance de las cláusulas contractuales, desde su propia literalidad, por su falta de claridad, que no puede favorecer a quién la ha originado –art.1.288 C.Civil-.

QUINTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante, y no apreciarse circunstancia legal que justifique otro pronunciamiento, a tenor de lo dispuesto en el Art. 398 LEC.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.