

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2
LEON

NOTIFICACION 25-JUNIO-2010

SENTENCIA: 00247/2010

Domicilio : C., EL CID, 20
Telf : 987/233159
Fax : 987/232657

Modelo : SEN04
N.I.G.: 24089 37 1 2010 0200358
ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000206 /2010
Juzgado procedencia : JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.8 de LEON
Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001256 /2009

RECURRENTE : BANKINTER, S.A.
Procurador/a : LUIS ALONSO LLAMAZARES
Letrado/a : JUAN PEDRO ALONSO LLAMAZARES
RECURRIDO/A : ██████████ S.L.
Procurador/a : BEATRIZ FERNANDEZ RODILLA
Letrado/a : JESUS LOPEZ-ARENAS GONZALEZ

S E N T E N C I A N U M . 2 4 7 / 2 0 1 0

Íltmos. Sres.:

D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.- Presidente

D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.- Magistrado

D^a. M^a DEL PILAR ROBLES GARCIA.- Magistrada

En León, a veintidós de junio de dos mil diez

VISTOS, ante el Tribunal de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial el recurso de apelación civil arriba indicado, en el que ha sido parte apelante **BANKINTER, S.A.**, representada por el Procurador D. Luis María Alonso Llamazares y asistida por el Letrado D. Juan Pedro Alonso Llamazares y apelada ██████████ S.L., representada por la Procuradora D^a. Beatriz Fernández Rodilla y asistida por el

Letrado D. Jesús López-Arenas González, actuando como Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. D. Antonio Muñoz Díez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado expresado al margen, se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 25 de enero de 2010 cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: “**FALLO:** ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda presentada por la Procuradora Berta Fernández Díez, en nombre y representación de ██████████ SL contra BANKINTER SA, y en consecuencia declaro la nulidad del contrato denominado Clip Actualizado Bankinter 06.3.3 suscrito entre las partes el día 16 de octubre de 2007, con recíproca devolución de las prestaciones percibidas, sin que proceda la emisión de pronunciamiento al pago de las costas procesales, de manera que cada parte abonará las ocasionadas a su instancia, y las comunes si las hubiere por mitad”.

SEGUNDO.- Contra la relacionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y dado traslado a las demás partes personadas ante el Juzgado, por la demandante se presentó escrito de oposición al mismo, remitiéndose las actuaciones a esta Sección y señalándose para la fecha de deliberación el día 7 de junio de 2010.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la entidad mercantil "[REDACTED] S.L." se promovió demanda contra la entidad "Bankinter, S.A." en la que instaba la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes el día 16 de octubre de 2007 por vicios en el consentimiento al haber mediado error, al desconocer los efectos jurídicos y financieros del mismo.

La entidad demandada se opuso a estas pretensiones y solicita la libre absolución de las peticiones de la demanda.

La sentencia de instancia estimó la demanda y contra la misma, y en disconformidad con tal pronunciamiento, se interpuso recurso de apelación por parte de "Bankinter, S.A."

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado.

SEGUNDO.- Por la demandada recurrente, "Bankinter, S.A.", se viene a denunciar, como motivos de recurso, el error en la valoración de la prueba en que habría incurrido el juzgador de instancia, y la infracción, por aplicación indebida, del artículo 1261 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, negando que se hubiera producido error alguno en el consentimiento emitido por la contraparte alegando al respecto la ausencia de complejidad de la operación financiera concertada, los términos claros y fácilmente entendibles del contrato, y mas al tratarse la actora de una entidad mercantil en cuya actividad es frecuente la contratación de instrumentos financieros, así como el aquietamiento de la misma con el desarrollo del contrato en tanto los

resultados financieros le fueron favorables y su denuncia únicamente cuando el resultado devino adverso.

El contrato concertado entre las partes es un contrato de permuta financiera de tipo de interés que tiene por finalidad mejorar la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente al alza, de los tipos de interés variable, garantizando a la actora un tipo de interés estable en relación con el volumen global de sus operaciones de crédito. A tal fin se pactan unas liquidaciones periódicas en las que, en relación con el nominal contratado, el Cliente paga el tipo de interés pactado (del 4,25% al 4,40% según el trimestre) y el Cliente recibe el "Euribor tres meses" y el neto resultante es el que se carga o abona en la cuenta del cliente.

Si bien la mecánica del contrato es sencilla y su finalidad la especificada, lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, por lo que si en lugar de producirse una elevación de los tipos de interés de referencia (Euribor), lo que hubiese beneficiado a la actora, se originaba una bajada, como ha acontecido, podía suponer graves perjuicios económicos para la misma, siendo precisamente esto es lo que denuncia la actora, no haber sido adecuadamente informada de los riesgos de la operación, incurriendo, por tanto, en error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar el consentimiento.

El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema

bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este caso es de aplicación la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C .), que en su redacción vigente al momento de suscribirse el contrato litigioso, anterior, por tanto, a la reforma introducida por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, ya establecía en su artículo 78.1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de este, el Ministerio de Economía, y en el artículo 79.1, apartados a), c) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fueran propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados, y que el RD. 629/1993, de 3 de mayo, también vigente cuando se celebró el contrato objeto de este pleito, concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art. 5.3).

Dicho Decreto fue derogado por la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores y que continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Pues bien, en el presente caso tenemos:

1º) Que la iniciativa tanto para concertar el primer contrato de gestión de riesgos financieros, de fecha 24 de febrero de 2006, como el renovado, de 16 de octubre de 2007, cuya nulidad ahora se interesa, partió de la entidad demandada, como así lo ha reconocido el testigo D.

Jesús Alberto Rodríguez, empleado de Bankinter que intervino en la negociación de los mismos con la actora.

2º) Que en los trípticos aportados con la contestación que, según la demandada, contienen la información facilitada al cliente, se incluyen una simulación de diferentes resultados para aquel en función de diferentes hipótesis sobre la evolución del euribor, de las cuales solo cuatro reflejan un potencial resultado negativo mínimo para aquel (de hasta el -0,2%), mientras que de los 36 supuestos recogidos en 31 obtendría beneficio y en solo uno el resultado sería neutro.

3º) Que examinado el contenido del referido contrato se observa:

a) Que si bien en el expositivo II de las condiciones generales (documento nº 5 de la demanda, folios 71 a 74), se recoge que el instrumento financiero que el Cliente suscribe conlleva un cierto grado de riesgo, ese riesgo aparte de referirse a factores asociados como la volatilidad de los tipos de interés, que el cliente no tenía porque conocer, aparece diluido pues se acompaña de la expresión “en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada”, con lo que se induce a creer que serían al alza, y aún se difumina más con la posterior expresión, “o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados”, que no se especifica, y mucho más difícil de considerar por parte del cliente. Pero es más, se afirma que, en caso de que la evolución de esos tipos sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, “se podrá reducir o incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente” pero sin llegar a precisar que pudiera llegar a sufrir pérdidas económicas, e incluso de cierta importancia.

b) En la cláusula 3, de las mismas condiciones generales, se establece que el producto implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones que generaran un resultado positivo o negativo para el cliente, pero nuevamente se omite que al finalizar la vigencia del contrato aquel pudiera verse perjudicado teniendo que arrostrar importantes pérdidas económicas.

c) La cláusula 6 de las condiciones generales otorga al cliente la facultad de cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares, denominadas ventanas de cancelación, y se dice que el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones del mercado -sin especificar cuales- en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado, omitiendo una vez mas cualquier mención a que dicha cancelación podrá arrojar un resultado negativo y comportar una pérdida importante para el cliente.

En definitiva, es claro que la demandada en ningún momento facilitó a la actora la información necesaria que debía proporcionarle para que tuviera un conocimiento preciso de las características del producto que contrataba y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía que, desde luego, por cuanto ha quedado expuesto, de la sola lectura de las cláusulas no podía llegar a inferirse. Esta omisión de información al cliente sobre los posibles riesgos de la operación es tanto más significativa si se tiene en cuenta que el que asume el Banco frente al cliente, y como explicó la testigo D^a Belén Rodríguez, Directora del Departamento de Cobertura de Tipos de Interés y Divisas de la entidad demandada, lo traslada al mercado al contratar a su vez el producto con otras entidades, de manera que el

Banco, en todo caso, obtiene un beneficio a través de la comisión que percibe al intermediar en la operación.

Se dan así y, por tanto, a juicio del Tribunal las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26 de julio de 2000 " recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994, y 11 mayo 1998). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (Ss. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1986)".

No pude oponerse como óbice al supuesto error el hecho, advertido por la recurrente, de que la actora no manifestara disconformidad alguna a dicha entidad bancaria ni postulara la ineficacia del negocio en tanto los resultados financieros le fueron favorables, pues si analizamos la relación de liquidaciones que la demandada expone en el hecho segundo-tercero de su contestación, vemos que no es hasta el 23 de febrero de 2009, cuando, contrariamente a las liquidaciones positivas que hasta entonces se venían realizando, se produce la primera de aquellas con resultado negativo, que se reitera en la

siguiente de 21 de mayo y en la posterior de 21 de agosto, y ello de modo tan gravoso para la actora como para suscitar en ella la duda sobre el conocimiento cierto y suficiente del contrato, y así el testigo D. Jesús Alberto Rodríguez, empleado de Bankinter, reconoce que el Sr. Santos Pérez, le requirió explicaciones sobre dichas liquidaciones y, además, en todo caso la acción de nulidad ha sido ejercitada dentro del plazo de caducidad de cuatro años desde la consumación del contrato fijada por la ley para el supuesto de error (art. 1.301 Código Civil). Ni como tampoco parece relevante el hecho de que la actora sea una empresa pues no existe constancia de que tuviera un asesor financiero experto, por el contrario, como reconoció el Sr. Rodríguez las negociaciones las llevo a cabo con D. Francisco Javier Santos, que era el administrador de la actora, y que si bien, como aquel manifestó, puede tener conocimientos y habilidades suficientes para el desarrollo de la actividad propia de la empresa, no resulta tuviera los conocimientos específicos y suficientes correspondientes a un experto financiero, de ahí que confiara en la labor de asesoramiento que le hacía el Sr. Rodríguez.

En consecuencia, por todo lo anterior y demás argumentos expuestos en la sentencia recurrida que hacemos nuestros, en evitación de ociosas e innecesarias repeticiones, se esta en el caso de desestimar los motivos de recurso.

TERCERO.- Como último motivo de recurso se denuncia que la sentencia recurrida incurre en incongruencia al no resolver sobre la nulidad del primer contrato suscrito entre las partes con fecha 24 de febrero de 2006.

La resolución impugnada estimó la acción de nulidad referida al contrato de fecha 16 de octubre de 2007 ejercitada en primer lugar y no se pronunció sobre la acción de nulidad del suscrito con fecha 24 de febrero de 2006, al plantearse esta con carácter subsidiario de la primera. Por tanto, la decisión del juzgador de instancia, al no contemplar tal pedimento omitido al ser deducido con carácter subsidiario, no hizo otra cosa que ajustarse a las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio, dando cumplimiento al deber de congruencia que le venía impuesto, pues la tutela judicial se había solicitado en esas condiciones, y como dice la STS de 29 de Septiembre del 2006 “el requisito de la congruencia, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24.1 de la Constitución, ha de ser entendido como el derecho a obtener una decisión que responda a lo pedido por el litigante y que responda también a los fundamentos de su petición (SSTC 215/1999 y 141/2002, entre otras)”; por el contrario, incurriría en incongruencia por exceso la sentencia que, en vía de recurso, yendo más allá de lo pedido, vulnerando la regla tantum devolutum quantum appellatum (SSTC 20/1982; 191/1995; 220/1997; 182/2000; 250/2004, etc.), resolviera sobre una pretensión subsidiaria de la primera instancia que no ha sido reiterada en esta alzada, como acontece ahora con la referida a la nulidad del contrato de fecha 24 de febrero de 2006, suscrito entre las partes.

Por lo expuesto también este motivo de recurso debe ser rechazado.

CUARTO.- Procede, por lo expuesto, desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia recurrida, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto

en el artículo 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "Bankinter, S.A.", contra la sentencia dictada, con fecha 25 de enero de 2010, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número ocho de León, en autos de Juicio Ordinario núm. 1256/09, de los que este rollo dimana, debemos **confirmar** y **confirmamos** aquélla en su integridad, con expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Dese cumplimiento, al notificar esta Sentencia, a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, con testimonio de la misma, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

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