



**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 2009 0000584

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000228 /2010

Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJON

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000584
/2009

RECURRENTE : BANKINTER S.A.

Procurador/a : MARINA GONZALEZ PEREZ

Letrado/a : VICTOR TARTIERE GOYENECHEA

RECURRIDO/A : S.L.

Procurador/a : JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Letrado/a : MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ

SENTENCIA N° 462/10

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTIN DEL PESO

MAGISTRADOS: D. RAMÓN IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE

Dª MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA

Gijón, a veintinueve de octubre de dos mil diez

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000584/2009, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000228 /2010, en los que aparece como parte



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

apelante, BANKINTER S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARINA GONZALEZ PEREZ, asistido por el Letrado D. VICTOR TARTIERE GOYENECHEA, y como parte apelada, S.L., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, asistido por el Letrado D. MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de 21 de enero de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda formulada por el Procurador Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de URBASTUR SL, contra BANKINTER SA, y desestimando al mismo tiempo la reconvención deducida por esta última, representada a su vez por la Procuradora Marina Glez Pérez, debo de absolver y absuelvo a la actora de las pretensiones de dicha demanda reconvencional, y declarar y declaro nulo y sin efecto alguno el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en fecha 1 de marzo de 2007, procediéndose en consecuencia, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta asociada a dicho contrato de manera que ninguna de la partes resulte acreedora ni deudora respecto de la otra, todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes por la representación de BANKINTER SA, se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial donde se registró al Rollo nº 228/10, y cumplidos los oportunos trámites se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el pasado 26 de octubre



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

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAFAEL MARTIN DEL PESO.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Frente a la sentencia que estima la demanda que dirige la actora frente a BANKINTER, en la que se postulaba la nulidad por vicio de consentimiento del contrato de gestión de riesgos financieros SWAP, que ofertó y concertó con URBASTUR SL la entidad demandada, el 1 de marzo de 2007, que se acompaña como documento 2 de la demanda, el apelante sintéticamente denuncia error en la valoración de la prueba, al sostener que el contrato discutido no fue instrumentado por los motivos que invoca el apelante, sino para precaverse del coste financiero que representaban las deudas del actor, que ascendían a 2 millones de euros, según pone de relieve la prueba, para subrayar la existencia de una adecuada información en todo momento suministrada por la entidad financiera al apelado, la legalidad de la operación suscrita, y que el actor, a la vista de su condición profesional, empresario dedicado a la construcción, tuvo pleno conocimiento de las características de la operación y emitió un consentimiento válido, del que resulta la desestimación de la nulidad postulada en la demanda y la obligación de pago de la deuda a la que se refiere la reconvención.

SEGUNDO. 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 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).

TERCERO. 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 (nocional) 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". Al propio tiempo la pericial obrante en la litis(folio 173), lo define como un contrato de permuta financiera mediante el cual el cliente se compromete a pagar a un tipo de interés fijo, a cambio de recibir de BANKINTER un tipo de interés variable referido al Euribor, en el que la comunicación de flujos o intercambio de obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos diferentes, genera un riesgo de tipo de interés tanto al alza, como a la baja, de ahí que dicho informe lo califique de contrato especulativo, que conlleva el riesgo de producir ganancias o pérdida en el cliente, en la medida que fijado un tipo de interés fijo en

el contrato, los tipos de interés futuro bajen, en cuyo caso se producirá una pérdida y una ganancia, si por el contrario, suben, carácter que con matizaciones declara la sentencia citada de 27 de enero de 2010 :“... De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes...”

CUARTO.- 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 al reconvencción 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.

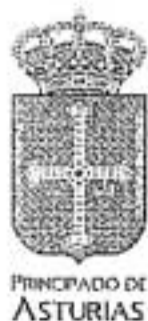
QUINTO.- Hemos de analizar pues si en el caso concreto ha existido información adecuada a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio y la respuesta ha de ser negativa, concluyendo, con la sentencia de instancia que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato (art 1263 del CC) A). En primer lugar, y en la fase precontractual, de formación del consentimiento, se ha discutido si el



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



contrato ofertado lo fue como un seguro anudado a una póliza de crédito que abrió la actora en febrero de 2007 (documento 1 de la demanda) o por el contrario se trata de un contrato de gestión de riesgos financieros que suscribió la parte actora (tesis del demandado en el recurso) para precaverse del coste financiero que representaban las deudas de la sociedad. La sentencia de instancia, acertadamente declara que no es un seguro el contrato firmado, como se deduce de la literalidad de su contenido, pero la oferta contractual fue hecha y aceptada para cubrir el riesgo de la subida de tipos de una póliza de crédito, también contratada por la demandante con el banco, como lo demuestra la secuencia temporal de ambos contratos, documentos 1 y 2 de la demanda. Frente a dicha conclusión sostiene el demandado en el recurso que el SWAP se incrementó para rebajar el alto coste que suponía el pasivo superior a 2 millones de euros y acompaña en su recurso un documento que según él justifica su aserto, que afirma haber acompañado con la demanda reconvencional, sin que dicho documento sin embargo figure en autos. Con menor rigor probatorio procesal aún BANKINTER señala en su impugnación (folio 22 de su recurso) que la prueba practicada a través el Banco de España pone de relieve dicho endeudamiento, pese a que dicha prueba no se admitió por declararse impertinente (documental C 2º al considerarla el Juez de Instancia irrelevante para la litis) ya que ni siquiera adujo este motivo concreto la hoy apelante al contestar a la demanda, que como cuestión nueva introduce tras la contestación, pues en esta simplemente afirmó con suma vaguedad, que el contrato fue suscrito por el apelado para estabilizar los costes financieros de su actividad (folio 106), sin indicar en ningún momento que tuviese una deuda de 2 millones de euros y que fuese tal el motivo de la oferta de contratar el swap y de su aceptación. Pero en cualquier supuesto, fuese cual fuese el motivo concreto por el que se decidiera a suscribirlo, se requiere la adecuada y completa información al cliente, especialmente al firmar un contrato como el presente en el



que, una bajada importante de los tipos de interés, le originan importantes pérdidas. Y la información brilla por su ausencia en esta fase, pues no es sólo que la entidad demandada debiera haberla probado (artículo 217 de la LEC), sino que la prueba practicada arroja un resultado contrario a su planteamiento. En efecto, la testigo D^a Ana Cristina que prestaba asesoramiento a PYMYES y que fue quien, -al parecer-, contactó con la actora ha revelado que no poseía la formación y conocimientos mínimos de este tipo de contratos para dar una información suficiente y adecuada al cliente antes de suscribir esta clase de negocios jurídicos, información que sólo consistió en trasladarle los folletos publicitarios del banco; sin embargo la directora del departamento de PYMES tiene evidentemente los conocimientos técnicos precisos para dar una información completa al cliente, pero no intervino en aquella(accedió al cargo un año después de la firma del contrato litigioso), ni conoce cómo se produjo, remitiéndose al departamento comercial de la entidad, por lo que debe concluirse que el contrato se concertó sin que hubiese dado el banco apelante 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, siendo en todo caso imputables al banco, las deficiencias, en que se ampara paradójicamente, sobre la falta de identificación de la persona con quien contactó el representante de la apelada y que le ofertaría el producto, pues es al demandado a que le incumbe su identificación y quien se halla obligado (arts 308 y 309 LEC) a facilitar sus datos y permitir su comparecencia en el proceso. B) por otra parte esta falta de información previa no se subsana al firmar el contrato, cuyo contenido adolece también, según acertadamente pone de manifiesto la pericial, de graves omisiones de información que abundan en el error padecido por el 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, y en ello hace hincapié la sentencia de esta Audiencia de 27 de enero ya citada al declarar que: "la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas 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.", de otro lado, conforme expone la pericial, no se especifica la fórmula (folio 175) mediante la que se realizan los cálculos de las liquidaciones mensuales al cliente, pues debería haberse explicado la cantidad variable a satisfacer mediante la fórmula que cita; el punto IV=P. iv D/360, en términos comprensibles, ni se especifica tampoco la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto, que ha originado un importante costo para el demandante (74.383, 28 euros), máxime cuando dicha información, al tratarse de riesgos financieros ligada a resultados futuros, es exigible de acuerdo a lo dispuesto actualmente en el art. 60.5 del RD 217/2008 y en el art 79 bis 3 in fine 79 bis de la LVM reformada por la actual Ley 47/2007, pero ya lo era con arreglo al RD 629/93 de 3 de mayo (artículos 16 del Rd y 4 y 5 del Anexo y en el art 79 de la LMV vigente al contratar, como con acierto pone de relieve la recurrida C) ni siquiera en la fase postcontractual ha sido adecuada y correcta la información por cuanto el banco, como así mismo señala la

pericial, no ha detallado ni motivado las liquidaciones practicadas, tanto las favorables al cliente, durante un corto lapso de tiempo, de las que éste no dispuso, que ascendieron a 5.835,98 euros, como las desfavorables, ni tampoco motivó (con infracción del art 16 del RD 629/93 citado), haciendo expresión de la fórmula aplicable, la liquidación practicada, todo lo cual, teniendo en cuenta la índole peculiar del riesgo que comporta este tipo de contratos, y las características del cliente que lo concierne, el representante de una pequeña empresa (PYME admitida por el banco al contestar, cuya cualidad pretende negar en el recurso) dedicada a la construcción, que intenta precaverse del coste y riesgo financiero de una línea de crédito concertada, 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 apelada por sus propios fundamentos, completados con los de la presente resolución, sentencia que es igualmente correcta al imponer las costas de instancia, de acuerdo al general principio del vencimiento, contra el que ninguna circunstancia cabe aducir en el caso enjuiciado.

SEXTO.- Desestimado el recurso, las costas se imponen al apelante (art 398 LEC).

FALLAMOS

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKINTER SA, contra la sentencia de 21 de Enero de 2010, dictada en autos de J. Ordinario nº 584/09, por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, la que se confirma en su integridad con imposición de las costas causadas al recurrente.

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





PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrado/s que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

