

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE
BURGOS**

Sección 003

Domicilio : SAN JUAN 2

Telf : 947259950

Fax : 947259952

Modelo : SEN000

N.I.G.: 09059 42 1 2009 0007477

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000383 /2010

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

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000759 /2009

RECURRENTE : BANKINTER S.A.

Procurador/a : FERNANDO SANTAMARIA ALCALDE

Letrado/a : LUIS VICENTE PURAS RIPOLLÉS

RECURRIDO/A :

Procurador/a : MIGUEL ANGEL ESTEBAN RUIZ, MIGUEL ANGEL ESTEBAN RUIZ ,
MIGUEL ANGEL ESTEBAN RUIZ , MIGUEL ANGEL ESTEBAN RUIZ , MIGUEL ANGEL
ESTEBAN RUIZ , MIGUEL ANGEL ESTEBAN RUIZ , MIGUEL ANGEL ESTEBAN RUIZ

Letrado/a : SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA, SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA
, SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA , SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA ,
SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA , SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA , SUSANA
SANTAMARIA SANTAMARIA

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **DON JUAN SANCHO FRAILE**, Presidente, **DOÑA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR** Y **DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ**, ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº 486

En Burgos a tres de diciembre de dos mil diez.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000759 /2009, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL N.1 de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000383 /2010, en los que aparece como parte apelante, "BANKINTER, S.A.", representado por el Procurador de los tribunales, Sr. FERNANDO SANTAMARIA ALCALDE, asistido por el Letrado D. LUIS VICENTE PURAS RIPOLLÉS, y como parte apelada,

representado por el Procurador de los tribunales, Sr. MIGUEL ANGEL ESTEBAN RUIZ, asistido por la Letrada doña SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA, sobre condiciones generales de contratación, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN SANCHO FRAILE.

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 D^a

D. I , D^a , D. y de D. , D^a , D. debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros y sus condiciones particulares acompañados como documentos 2, 3, 4, 21, 22, 33, 35, 50, 51, 71, 72, 73, 74, 87 y 88, 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 la demanda, de las cantidades cobradas por ésta, hasta la fecha de esta resolución. Teniéndose por desistidos a D^a y a D. de las pretensiones ejercitadas contra la sociedad demandada, con expresa imposición de costas a la demandada".

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de Bankinter, S.A., se presentó escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó, mediante otro escrito, dentro del término que le fue concedido al efecto. Y dado traslado, presentó escrito de oposición a dicho recurso 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 2 de diciembre de 2010 en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan, en lo sustancial, los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, salvo en lo que sean contrario a los que siguen; e

integrándose en esta resolución aquellos razonamientos a los que expresamente se remite, como técnica jurídica de motivación admitida por el Tribunal Constitucional, de remisión a los razonamientos de la Sentencia recurrida (SSTC 171/2002, de 30 de septiembre, y 223/2003, de 15 de diciembre).

SEGUNDO.- Por la representación de la parte demandada y apelante Bankinter S.A., se impugna la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación y se desestime íntegramente la demanda declarando la plena validez de los contratos de gestión de riesgos financieros y sus condiciones particulares; y se condene a la parte actora al pago de las costas procesales de ambas instancias.

La parte apelante delimita el objeto de la litis, según su criterio, en una Alegación Preliminar que contiene diversas cuestiones, sobre las cuales cabe hacer las consideraciones jurídicas siguientes:

- A) La cuestión sustancial que se plantea en este procedimiento es, ciertamente, si el consentimiento prestado por los actores, en los contratos de permuta de tipo de interés, que se determinan en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, fue o no prestado por error invalidante y excusable –de manera semejante a otro procedimiento similar, que cita la parte apelante, que fue objeto de recurso de apelación y visto por este Tribunal, resuelto por Sentencia Nº 445/10, de 10 de noviembre, Rollo de Sala nº 320/2010, confirmándose la sentencia de instancia-.

El contenido contractual es, básicamente, el mismo, y la prueba fundamental son los contratos suscritos y su clausulado, sobre el que cada uno de los actores contratantes prestaron su consentimiento, es decir, sobre unas condiciones idénticas o similares, por lo que no puede extrañar su incidencia en la prestación del consentimiento de igual forma o muy parecida, sin perjuicio, como es lógico, de valorar la prueba concreta practicada en las presentes actuaciones, como es la testifical del comercial de Bankinter.

- B) Seguidamente, se hace unas alegaciones jurídicas sobre el consentimiento contractual y la prueba de un posible vicio; los requisitos del error, el contenido contractual de los Clips Bankinter, legislación aplicable, entre otras valoraciones jurídicas, que serán objeto de examen seguidamente.

TERCERO.- En este nuevo examen de las actuaciones, es determinante valorar el contenido de los contratos litigiosos, de permuta financiera de tipo de interés o contrato de gestión de riesgos financieros –contrato Swap, o Clips, como lo denomina la sociedad demandada y apelante- que describe y define la sentencia recurrida en el Fundamento de Derecho, folio 776, como un contrato "en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nominal 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".

Como señala esta resolución, estos contratos, no se negocian en mercados organizados, tienen un carácter especulativo, de alto riesgo porque no se conoce la evolución del mercado, revistiendo estas operaciones un carácter complejo. Veamos como se refleja en los contratos litigiosos

Contienen unas Condiciones Generales y otras Particulares.

Entre las primeras, procede 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 comercial, 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 artículo 1.258 del 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 del 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.

CUARTO.- 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.

En el caso de la actora Sra. _____, doc. 3, folio 79 carece prácticamente de contenido, y con una referencia a su falta de experiencia sobre estos productos.

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 mas 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 normativo de información 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.

Y este resultado probatorio no se ha obtenido, con la certeza legalmente exigida. La parte apelante alude al testimonio de D. Sergio Ortiz Revilla, cuya eficacia probatoria se debilita por su relación laboral o de servicios con la sociedad demandada – Director de Oficina actualmente, y Comercial en momento anterior- y referirse solamente a su intervención como Comercial con los Sres. . Tampoco de su declaración se extrae el cumplimiento preciso que integra ese deber normativo de información. Declara que el producto litigioso, "es un producto de cobertura", cuya finalidad es estabilizar los costes financieros del cliente; siendo neutra para el Banco, que cobra una comisión del mayorista.

En otro momento dice, refiriéndose al producto y lo que se manifestaba al cliente que "servía para mitigar una posible subida de intereses" –expresiones que sugieren esa idea de aseguramiento para el cliente, aunque no se tratara de un propio contrato de seguro, con pago de una prima-. Asevera que explicó el producto, cliente paga, recibe; cobrar o pagar; pero, se desprende, de una forma genérica, comentando.

Respecto a la cancelación anticipada y posibilidad de resolver el producto, manifiesta que sería a precios de mercado, con liquidaciones positivas o negativas, cantidad a pagar o cobrar; deshacer la posición en el mercado, coste o beneficio.

Describe situaciones, de conceptos que están en el contrato, pero nada refiere de las consecuencias desproporcionadamente gravosas que podían darse en una cancelación anticipada, ni del sentido concreto de algunas de las cláusulas contractuales, cuando solo se refieren al beneficio económico esperado por el cliente. Desde luego, no se infiere un cabal como suficiente aporte informativo de los riesgos reales, como los efectivamente producidos, a los clientes con los que contrató el producto litigioso, los Sres.

QUINTO.- 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 hubieran 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.

A criterio del Tribunal, concurren estas condiciones en el supuesto procesal, como argumenta la sentencia de instancia, a cuya fundamentación jurídica nos hemos remitido, como técnica de integración de la motivación de esta resolución.

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 las 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 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-, ni el resultado de su aplicación respeta el equilibrio de las prestaciones, singularmente desproporcionadas en perjuicio del cliente, siendo éstos clientes minoristas, sobre los que incide una mayor como especial protección, sobre todo, en cuanto a la información que deben recibir del producto financiero contratado, para que su voluntad negocial se forme adecuadamente.

No consta que el producto litigioso este vinculado directamente con otro producto bancario, sino mas bien con el endeudamiento del cliente –así lo vino a manifestar el Sr. _____, de conocer, como algo imprescindible, el endeudamiento que tiene el cliente-.

SEXO.- 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 determinante de 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.

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

NOTA.- Vease Libro Registro de Resoluciones al folio _____ y queda puesta certificación al rollo de Sala. Doy fe.