RICARD CASAS GILBERGA
Procurador de los Tribunales
De Terrassa, Rubí y Sant Cugat

Abogado: JUAN IGNACIO NAVAS MARQUES
Su Ref.: --- Mi Ref.: A212043
Notificado: 19/09/14
ENVIAR MINUTA PARA TASACION COSTAS PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO núm. 4/2013
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 1 TERRASSA (ANT.CI-1)
PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 81/2012

S E N T E N C I A núm. 405/14

Ilmos. Sres.:
Don Paulino Rico Rajo
Doña Maria Pilar Ledesma Ibáñez
Doña María Sanahuja Buenaventura

En la ciudad de Barcelona, a dicisiete de septiembre de dos mil catorce

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 81/2012 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 1 Terrassa (ant.CI-1), a instancia de quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra BANKINTER Y , quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de BANKINTER contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 17 de septiembre de 2012 por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

AGRUPACIÓ COL·LEGIAL PROCURADORS DE BARCELONA
RECEPCIÓ NOTIFICACIÓ
19-09-14 / 22-09-14
Article 151.2 1/2000

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"FALLO:DISPONGO: **ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Ricard Casas Gilberga, en nombre y representación de BANKINTER, S.A, y **DECLARAR la NULIDAD por ERROR en el CONSENTIMIENTO del Contrato de Intercambio de Tipos/Cuotas de fecha 10 de agosto de 2.007 suscrito entre las partes. CONDENAR a BANKINTER, S.A a reintegrar a Don y Doña las cantidades cobradas como consecuencia del contrato nulo, y las que lo sean durante la tramitación del procedimiento. CONDENAR a BANKINTER, S.A al abono del INTERÉS LEGAL del dinero en la fecha de cargo/abono respecto de cada suma, desde la fecha de la demanda, e incrementados en dos puntos desde la fecha de esta resolución y hasta su completo pago. CONDENAR a BANKINTER, S.A al abono de las COSTAS causadas.** "

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de BANKINTER y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado diecisiete de septiembre de dos mil catorce.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª Maria Sanahuja Buenaventura.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- y

interpusieron demanda frente a BANKINTER, S.A., la nulidad del Contrato de Intercambio de Tipos/Cuotas de fecha 10 de agosto de 2.007 suscrito con la entidad demandada BANKINTER, S.A, por no haber emitido el cliente un consentimiento válido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho, y en virtud de ello se condene a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas como consecuencia del contrato cuya nulidad se postula, y las que lo sean durante la tramitación del procedimiento, más los intereses legales desde la fecha de cargo/abono, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Exponen que son trabajadores por cuenta ajena en el sector de la medicina y de la enfermería, concertando con la demandada, en septiembre de 2.005, un crédito hipotecario para la compra de su vivienda por valor de 230.000.- €, pactando un interés anual fijo del 2'95 % durante el primer año y un tipo de interés variable de EURIBOR más 2'17% durante el resto de vigencia del contrato. Que los actores acuden a BANKINTER a para hacer una consulta sobre la amortización parcial del crédito hipotecario, lo que hacen el 10 de agosto de 2.007 por valor de 15.000.- €, y Doña les ofrece un producto muy beneficioso para contrarrestar las fuertes subidas de los tipos de interés que se iban a dar, que les permitiría mantener una cuota fija de hipoteca, pero en ningún momento se le comunicó los perjuicios económicos que podría llegar a ocasionar, se habla solo de ventajas pero nunca de riesgos. Afirman que ya en la fase precontractual la entidad actuó con total abuso y mala fe a la hora de ofertar y vender el producto, ocultando información básica y fundamental sobre los riesgos del mismo, y en el contrato tampoco se establece ninguna fórmula de cálculo para las cuotas mensuales, estableciendo un índice de referencia del 5,7%. También afirman que la demandada ocultó información respecto a las proyecciones de la evolución del Euribor elaboradas por los expertos del Banco Central Europeo, que

establecían unos porcentajes para 2008 del 4,5%, y ella misma cuenta con un Departamento de riesgos y de estudio sobre los tipos de interés. Que el 30-4-2010 solicitaron su cancelación y les dijeron que debían pagar una cantidad que ascendía a 15.000.- €. Sostienen que con la venta de ese producto la demandada ha infringido el principio de equidad, de prestaciones y equilibrio, y de transparencia bancaria que deben observar las entidades financieras en contraprestación a su posición de privilegios legales.

BANKINTER, S.A. se opone afirmando que el único objetivo que persiguen los actores es desvincularse de una relación contractual que no sólo han querido, comprendido y aceptado desde el primer momento, sino que además, ha sido inequívocamente confirmada, e invoca el art. 1091 del Código Civil. Detallan que los actores habían suscrito un préstamo hipotecario en 2005 al tipo fio del 2,95% el primer año y después un tipo variable Euribor 12 meses más un diferencial del 0,40%; y que con un escenario de tipos de interés al alza se les ofreció este producto que les comportó beneficios hasta la inesperada y sorprendente bajada del Euribor. Detalla que en el contrato se indica que "*las partes están interesadas en la contratación de un derivado financiero por el que el CLIENTE obtenga el efecto económico de neutralización del riesgo de variación de su cuota o tipo de interés de referencia a través de un intercambio de su actual tipo de interés o de su cuota de PRESTAMO, por otro tipo o por otra cuota respectivamente que se calculan en el momento de formalización de este contrato*". Y sostiene que ahora que el índice de referencia Euribor a 12 meses ha caído y sigue cayendo estrepitosamente, los demandantes ya no están interesados en abonar una cuota fija que se compense con la cuota del Préstamo, pero no han sufrido un error.

La sentencia de instancia estima la demanda, razonando en síntesis:

"El contrato de fecha 10 de agosto de 2.007 que da lugar a este procedimiento puede encuadrarse dentro de las modalidades de contratos de permuta financiera de tipos de interés o swaps (según la terminología anglosajona), en virtud de los cuales el cliente obtiene un intercambio del tipo de interés/cuotas de un préstamo contratado previamente con la entidad bancaria, sobre el 100% del nominal del mismo, que en este caso era de 206.277'82 euros al tiempo de la contratación (estipulación 3 del contrato obrante como documento nº 4). De esta forma, y según reza la cláusula 4 del propio contrato, en cada una de las fechas en que se haga efectiva la liquidación del préstamo, se producirá un cargo o un abono en la cuenta de liquidación del contrato de intercambio, en función del resultado neto que se derive de la aplicación del intercambio de tipos/cuotas que se haya pactado. Así, se producirá un cargo en dicha cuenta si la cuantía a pagar por el cliente es mayor que la cuantía a pagar por BANKINTER, produciéndose un abono en caso contrario. (...)

...se trata de un contrato complejo, tal y como han venido reconociendo de forma reiterada nuestros Tribunales: SAP de Barcelona, Sec. 19ª, de 9 de febrero de 2011, rec. nº 466/2010, SAP de Jaén, Sec. 3ª, de 27 de marzo de 2.009. Así, la SAP de Asturias, Sec. 5ª, de 6 de junio de 2011, establece que "esta clase de operaciones se configuran como 'productos complejos"' por la legislación española, habida cuenta los conocimientos específicos que requiere su adecuada comprensión, que han de extenderse a los aspectos financieros que afectan a la oscilación de los intereses y de sus tipos en los diferentes mercados, y por la casi imposible valoración de los riesgos que implican para sus potenciales usuarios, lo que ha determinado que los swaps han venido siendo utilizados solamente por Instituciones Públicas, Grandes Corporaciones empresariales y Entidades Financieras o Sociedades de Inversión"; o "un contrato que para nada es sencillo y que exige del cliente uno conocimiento a nivel experto en mercados financieros o bien que se le haya explicado muy pausadamente, con ejemplos pertinentes e información las consecuencias reales del producto".

Tal y como establece la SAPB 6135/12, de 8 de junio, si bien es cierto que no son de aplicación las normas de la Ley del Mercado de Valores en aquello que regula las "inversiones" negociables o valores sometidos a mercados organizados, lo es también que le son de aplicación las concernientes a los deberes de transparencia, claridad y lealtad que se establecen en la misma, al estar regulados en la citada ley los instrumentos financieros, como el que nos ocupa. Por tanto, es de aplicación la Ley de Mercado de Valores, conforme a la reforma operada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, en especial los artículos 14, 2, 78y 79. En esta ley se incorpora la Directiva MIFID (Directiva 2004/39/CE de 21 de abril de 2004). Asimismo, en lo concerniente al deber de información, le es de aplicación el Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, derogado por el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero que regula las Normas de Actuacion en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, destacando los artículos 46, 60 y ss, en especial los artículos 64, 72, 73y 74. Además, tales instrumentos financieros se hallan sometidos a la competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en cuanto a la información, publicidad y forma de actuación. Destaca la Comunicación del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado, de 20 de abril de 2010, de delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España, en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura. En conclusión, estos contratos, aunque gocen de vida propia, independiente de los negocios relativos a la compraventa de valores, están sometidos a las normas de conducta que se establecen para cualquier entidad gestora. También, en el supuesto de persona física, equivalente a consumidor o usuario, le son de aplicación las normas que se contemplan en la Ley sobre condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/98 de 13 de abril), así como el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007 de 16 de noviembre), que obligan, asimismo, a facilitar información clara y precisa al consumidor. Además de estas normas, a continuación se citarán otras que no han sido puestas en conocimiento del actor y que son de aplicación. En conclusión, las entidades bancarias que ofrecen productos

financieros, de cualquier índole, están obligadas a actuar con transparencia y lealtad, facilitando la mayor información sobre los derechos y obligaciones que se deriven del contrato y muy en especial los "riesgos" que hayan de asumir los clientes".

NULIDAD: Error en el consentimiento. (...)
De lo actuado queda acreditado que fue la propia entidad quien ofreció el producto a los actores, proporcionándoles una información muy simple del mismo cuando sus características y riesgos son, como ya he dicho antes, muy complejos. Es más, no transcurrió ni un día desde que se les ofertó el producto hasta que firmaron el contrato, por lo que no pudieron analizar con detenimiento ni unas ni otros. ha manifestado que no facilitó a los actores previamente a la firma folleto o borrador alguno sobre el intercambio, sino que se limitó a informarles de palabra de todo lo relativo al producto que finalmente suscribieron, entregándoles una copia del mismo una vez firmado. Incluso ha reconocido dicha testigo que era habitual que los contratos de este tipo se firmasen en el mismo momento en que se ofertaban, tal y como ocurrió en este caso.

En segundo lugar queda acreditado que si bien Don) y Doña son personas formadas y preparadas (ambos tienen estudios superiores), sus conocimientos en el ámbito económico y bancario son limitados y básicos, como lo demuestra su propia declaración y el hecho de que no posean ningún otro producto financiero. Por su parte, la entidad bancaria posee, por su propia naturaleza y características, información privilegiada en materia económica, tal y como recoge la S. de la A.P. de Pontevedra de 7 de abril de 2010, al señalar que: "Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter

aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión." Ello provoca un gran desequilibrio entre las partes, que ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar la formación de la correcta voluntad negocial.

DEBER DE INFORMACIÓN: Pero es que, además, tampoco acredita la demandada qué tipo de información concreta acerca del producto se ofreció a Don y Doña para poder valorar si la misma fue suficiente o no. Gemma Mas Garolera reconoce en su declaración no recordar si les ofreció información adicional escrita, cuándo se firmó el contrato, si les asesoró en la contratación del producto a 8 años, si contrataron algún tipo de cobertura, si informó de la existencia de una penalización por amortizar capital del préstamo hipotecario, llegando a manifestar que ni siquiera recuerda a los actores... lo cual es contradictorio con lo manifestado por los actores acerca de que fue precisamente la relación de confianza que tenían con la Sra. Mas (quien les atendía siempre en la oficina) la que les llevó a confiar en ella y en el producto que les ofertaba.(...)

De esta forma entiendo que la información proporcionada por la entidad bancaria a los actores fue débil, sesgada e insuficiente, y no permitió a los mismos disponer de un conocimiento adecuado del producto contratado, de forma que hasta que los intereses bajaron y comenzaron los cargos en su cuenta bancaria, no fueron conscientes de la trascendencia de lo contratado, concurriendo así todos los presupuestos legal y jurisprudencialmente admitidos para poder hablar de error en el consentimiento, el cual, además, es sustancial e invalidante."

SEGUNDO.- La representación de BANKINTER, S.A. expone

en su recurso que la sentencia de instancia realiza una errónea interpretación de la prueba practicada, así como indebida aplicación e interpretación de jurisprudencia y normativa. Reitera los argumentos expuestos en la contestación a la demanda, y se remite al contenido del propio contrato para considerar que se ha cumplido el deber de información, pues lo considera que el objeto no puede ser claro ni estar mejor definido, indicando que la recurrente informó a los demandantes de la posibilidad de contratar un producto por el cual lograrían neutralizar la volatilidad y variación del tipo de interés de referencia Euribor a 12 meses. Considera que de las manifestaciones en la vista de los actores y de la Sra. que fue quien comercializó el producto, resulta evidente que ha existido la información adecuada y suficiente por parte de BANKINTER, y que los actores, personas formadas y preparadas, entendieron perfectamente la finalidad del producto, pues afirmaron que sabían que contrataban una cuota fija en relación con su préstamo.

TERCERO.- Debemos partir de las consideraciones generales sobre el error vicio que resume la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11- 2012:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una

relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se

entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida."

CUARTO.- En relación a los swaps esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otros supuestos. Así, en

la SAP secc. 17, de19 de Julio del 2012 (Ponente LEDESMA) se decía:

"...aunque el swap es un producto financiero concebido en su origen con un fin especulativo, en muchos casos, (...) los clientes de entidades financieras que adquirieron un swap no lo hicieron con una finalidad económica especulativa, sino que se trataba de operaciones de garantía o cobertura mediante las que se pretendía intercambiar los compromisos de pago futuros derivados de operaciones de financiación, como, por ejemplo, de un préstamo hipotecario, con la pretensión, por parte del cliente, de aminorar los riesgos de la variabilidad al alza de los referentes externos tenidos en cuenta en tales operaciones de financiación. Ahora bien, esta ausencia de finalidad especulativa no altera la naturaleza jurídica del contrato como instrumento financiero de alto riesgo, esto es, ni priva al swap de su condición de tal, ni de su carácter aleatorio y, con ello, de su condición de producto de riesgo dada la variabilidad de sus consecuencias (...)

"Como ya hemos tenido ocasión de señalar en resoluciones precedentes de esta misma Sala sobre la materia, la aplicación de dicha normativa (relativa a los contratos financieros) comporta dos consecuencias jurídicas fundamentales que resultan relevantes en el presente caso.

La primera de ellas es que permite calificar la permuta financiera como contrato "complejo" desde un punto de vista legal, es decir, no sólo como consideración doctrinal o judicial. De todos modos, dicha complejidad venía siendo mayoritariamente apreciada por las resoluciones judiciales; estas vienen considerando que en dicho tipo de contratos existen elementos contractuales (tanto relativos a su funcionamiento como también al coste de su cancelación anticipada) que no resultan nada evidentes y que determinan que sólo puedan ser bien comprendidos y asumidos por quienes tengan amplios conocimientos financieros; o, por decirlo en términos de la SAP de León de 5 de marzo de 2012 , "cuyo comportamiento y riesgos solo pueden ser

comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero, o en su caso, previa las oportunas y compresibles explicaciones, y después de hacerse por parte del banco las comprobaciones de que el cliente reúne las condiciones de idoneidad que se requieren normativamente para la contratación de dichos productos". (En parecidos términos, vgr, SAP de Salamanca de 2 de marzo de 2012, de Zaragoza de 19 de marzo de 2012 , entre muchas otras).(...)

La segunda consecuencia jurídica de la aplicación de las citadas normas a este tipo de contratos determina la exigibilidad a quien los ofrece en el mercado de las especiales obligaciones informativas que se prevén en tales textos legales y que, en líneas generales, tienden a imponer a las entidades que ofrecen estos productos financieros una conducta informativa que permita asegurar que el cliente adopta sus decisiones con pleno conocimiento de causa.

Así, el art. 79 bis de la LMV indica literalmente que:

"1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos

se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado."

Estas exigencias, tanto de necesidad de información al cliente, como de valoración de sus conocimientos en materia de productos financieros complejos así como de idoneidad para contratarlos, han sido reglamentariamente desarrolladas por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. El artículo 64 de esta norma, en su parte relevante, indica que:

"1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda

tomar decisiones de inversión fundadas.

2. En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a. Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b. La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c. La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d. Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos.".

Las anteriores normas determinan, además, que corresponda a la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información que exigen dichos preceptos, es decir, como señala la SAP de Zaragoza de 19 de marzo de 2012, la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde "a quien se ampara en la realidad de dicha información" (Vid. también SAP Asturias 21 de noviembre de 2011 o de Burgos de 7 de marzo de 2012)."

QUINTO.- En el supuesto que nos ocupa son de plena aplicación las consideraciones anteriores, y debidamente aplicadas por la resolución recurrida, cuyos razonamientos, en gran parte trascritos, hacemos enteramente propios, pues no han sido desvirtuados por la argumentación realizada en

el recurso.

Partimos de la plena aplicación de la LMV citada, puesto que se trata de un contrato especulativo en función de la evolución del Euribor, que no es un contrato de cobertura. Y los contratos de permuta financiera de tipos de interés se incluyen en el ámbito de los instrumentos de inversión, y son independientes de los préstamos previamente concertados.

Se hace evidente también en este caso la afirmación del informe Defensor del Pueblo, de 2009, también citado por la actora, de que estos productos son "un seguro pensado para cubrir los riesgos de las entidades, seguro que pagaba el cliente y que mantenía los tipos de interés para la entidad y no para el propio cliente", pues los actores asumen un fijo del 5,7% cuando los tipos de interés se iban a situar muy por debajo.

Los actores no tenían formación ni experiencia financiera. Debe afirmarse que son un cliente minorista y no profesional de conformidad con el artículo 78 bis de la Ley de mercado de valores, pues no le son atribuibles ninguna de las notas características de los clientes profesionales (aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos), ni se trata de ninguna de las entidades que enumera como cliente profesional este precepto, a saber, "c) los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1° que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2° que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3° que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros;"

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, en

resoluciones de fechas 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009, ha concluido que para la comprensión y correcta valoración de contratos de este tipo se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

La normativa mencionada exige respecto a la obligación de información de las entidades financieras, dada la complejidad de este mercado y el propósito de que se desarrolle con transparencia, que esta se cumpla especialmente en la fase precontractual con explicaciones exhaustivas y detalladas, folletos o documentos informativos y ejemplos sencillos o simulaciones de liquidaciones, así como, posteriormente, a través de la redacción de los contratos que debe ser exacta, imparcial, clara y no engañosa.

Resulta difícilmente creíble que en escaso tiempo un cliente minorista como los actores alcanzaran a comprender el funcionamiento del producto, su alcance y sus riesgos. No se prueba la razón por la que el cliente elegiría este instrumento, que le priva del beneficio de la bajada de los tipos de interés, y si bajan los tipos tiene que pagar más.

Por el contrario, las entidades de crédito tienen conocimiento de informes y de las tendencias del mercado económico y financiero nacional e internacional y en base a ello ofrecen determinados productos. Así, según el Informe de proyecciones de la economía española del Banco de España de diciembre de 2007, "la tasa de inflación -a la que se refiere el contrato de permuta financiera (swap inflación)- disminuirá a lo largo de 2008, de modo que en el cuarto trimestre se situaría por debajo del 3%" y se añade que para el 2009 se proyecta una disminución significativa del deflactor del consumo privado, hasta el 2,3%. En cuanto a los tipos de interés a corto plazo (medidos por Euribor a tres meses) se prevé un perfil descendente, de modo que se situaría, por término medio, en el 4,3% en 2008 y en el

3,7% en el 2009. **Y este Informe del Banco de España**, así como los informes de la **Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS)** dedicada a la investigación económica y social, acompañado por la actora (dto. nº 8), que también realiza previsiones a la baja del Euribor para el 2008, **sin duda los debía conocer la demandada, sin que informara de ello al cliente, sino que por el contrario le indicó que los tipos de interés no disminuirían, faltando a la verdad.**

La base del error de consentimiento de los actores fue que la demandada los llevó a hacerse una representación equivocada de las condiciones de fluctuación de los tipos de interés, de la que era principal conocedora, que les indujo a celebrar un contrato en el que sólo había certeza de pérdida para el cliente, y en modo alguno podía cumplir la finalidad que pretendieron alcanzar los actores al suscribirlo, protegerse del riesgo de subida de los tipos de interés, pues todos los indicadores eran de descenso. Ello no procede encauzarlo en la existencia de un riesgo razonable y aleatorio en función de las subidas o bajadas de los indicadores tomados en consideración en los contratos, sino más bien en una previsión de ingresos seguros para las entidades de crédito ante los pronósticos conocidos por ellas.

La demandada no cumplió con las exigencias legales, no informó a los demandantes de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características de un contrato que se caracterizaba por su alto riesgo, dependiente de la evolución del mercado, y que, por su propia naturaleza, entrañan operaciones complejas, y no tanto por las reglas de cálculo a aplicar sino por las variables que inciden en las mismas, y ello cuando sobre todo se trata de unos clientes minoristas, sin experiencia en la contratación de productos del tipo del concertado, por lo que no comprendieron al tiempo de firmar el contrato las consecuencias del mismo. Ello supuso un error al prestar su consentimiento con aptitud suficiente para

invalidarlo. Un error esencial, puesto que afecta a la obligación principal del contrato (el pago en función de la relación entre los intereses y la referencia), al cálculo de su importe, y la característica de alto riesgo del mismo. Y un error excusable, pues se trata de un contrato complejo para el ciudadano medio (que debe entenderse como aquel que no se dedica a los mercados de inversión), que tiene conocimientos del sector profesional al que se dedica y que se encuentra en una situación de consumidor frente al ámbito bancario, sin contar con específicos conocimientos en la materia y sin ser informado por la entidad financiera de manera transparente y suficiente. Y todo ello determina la nulidad del contrato por error en el consentimiento, como se razona en la sentencia de instancia.

La situación creada por este tipo de contratos llevó, como acredita la actora, a que el Senado aprobara por unanimidad, en octubre de 2010, una moción "manifestando la necesidad de mejorar la información que las instituciones financieras prestan al cliente o consumidor, especialmente ante la suscripción de productos financieros complejos".

SEXTO.- Por todo lo anterior, debe ser desestimado el recurso planteado, confirmada la resolución recurrida, con condena en costas del recurso al recurrente (art. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil)

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso planteado por la representación de BANKINTER, S.A., CONFIRMAMOS la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Terrassa, el diecisiete de septiembre de dos mil doce. En cuanto a las costas del recurso se imponen al recurrente.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme

lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.

ILLUSTRE COL·LEGI PROCURADORS DE BARCELONA
RECEPCIÓ NOTIFICACIÓ
19-09-14 / 22-09-14
Article 151.2 L.E.C. 1/2000