

Comentario a la sentencia n. 80/09 de la AP de Jaén, sección 3ª, de fecha 27 de marzo de 2009, sobre nulidad de contrato marco de operaciones financieras.

1. INTRODUCCIÓN.

La sección tercera de la AP de Jaén, en sentencia n. 80/09, de 27 de marzo de 2009 ha estimado el recurso de apelación interpuesto por un particular frente a la sentencia dictada por el JPI n. 1 de Alcalá La Real, de fecha 6 de junio de 2008, acordando la revocación de la referida sentencia y, en consecuencia, declarando nulo el contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre las partes el 18 de mayo de 2004, condenando al Banco Santander Central Hispano al pago de 6.137,01 euros más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato hasta ejecución de sentencia, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta.

La demanda insta la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés, suscrito entre las partes el 18 de mayo de 2004 de 2004, solicitando la condena al pago de 6.137,01 euros y las cantidades que se devengasen hasta la ejecución de la sentencia; alternatively, planteaba la resolución contractual, con idéntica condena.

En apelación, el recurrente alega error en la valoración de la prueba sobre el contenido del contrato, con infracción de la legislación del mercado de valores y de los consumidores.

2. LOS CONTRATOS LITIGIOSOS.

Las partes celebraron dos contratos:

- Un contrato marco de operaciones financieras, que según el expositivo II había sido elaborado por la Asociación Española de Banca Privada y protocolizado en Acta autorizada por un Notario de Madrid. La estipulación 2ª del referido contrato establecía que su objeto era la regulación de la relación comercial que surja entre las partes, como consecuencia de la realización de determinadas operaciones, describiéndose al efecto diferentes permutas financieras ("swaps"). En cualquier caso se remitía a los anexos I y II, que formaban una unidad, y también al documento de confirmación en el que se concretarían las correspondientes operaciones financieras, integrando asimismo el objeto del contrato.

El CMOF o Contrato Marco de Operaciones Financieras es un contrato que regula las condiciones que regirán un contrato de derivados financieros. Los derivados financieros, como su nombre, indica son productos que derivan de otros productos financieros. En definitiva los derivados no son más que hipotéticas operaciones que se liquidan por diferencias entre el precio de mercado del subyacente y el precio pactado.

Las características generales de los derivados financieros son las siguientes:

- Su valor cambia en respuesta a los cambios de precio del activo subyacente. Existen derivados sobre productos agrícolas y ganaderos, metales, productos energéticos, divisas, acciones, índices bursátiles, tipos de interés, etc.

- Requiere una inversión inicial neta muy pequeña o nula, respecto a otro tipo de contratos que tienen una respuesta similar ante cambios en las condiciones del mercado.

- Se liquidará en una fecha futura¹.
- Pueden cotizarse en mercados organizados (como las bolsas) o no organizados ("OTC")².

De cara a la contratación de estos productos y dado que cada operación tiene una serie de características particulares lo habitual es firmar un contrato marco, "Contrato Marco de Operaciones Financieras", elaborado por la AEB firmándose posteriormente un pliego de condiciones particulares para cada operación contratada.

Dicho esto y pensando en lo que conceptualmente es un derivado es fácil suponer que pueden existir tantos derivados financieros como operaciones financieras reales o ficticias se puedan realizar. Así estos tipos de derivados se denominan no están regulados por una cámara de compensación sino que son las partes quienes proceden a su liquidación en la fecha de vencimiento.

La importancia de establecer unas condiciones marco en la negociación de este tipo de productos proviene de la bilateralidad de los contratos OTC (Over The Counter), es decir, que no se negocian en un mercado organizado con reglas específicas.

Un contrato OTC es un contrato bilateral en el cual las dos partes se ponen de acuerdo sobre las modalidades de liquidación del instrumento. Normalmente es entre un banco de inversión y el cliente directamente. La mayoría de veces a través del teléfono u ordenador. Los derivados OTC negociados entre instituciones financieras suelen tomar como marco las cláusulas del International Swaps and Derivatives Association (ISDA). Entre instituciones españolas o entre instituciones españolas y particulares suele firmarse el contrato CMOF.

¹ Si bien inicialmente este tipo de productos financieros fueron concebidos buscando eliminar la incertidumbre que generaba la fluctuación del precio de las cosas, tanto en el vendedor como en el comprador, hoy en día se utilizan tanto bajo dicha filosofía como sistema de especulación pura y dura. Esto se basa a que la contratación de estos productos no precisa de grandes desembolsos, mientras que los beneficios, o pérdidas, potenciales pueden ser muy cuantiosas. Por ejemplo para especular con acciones podemos actuar de dos formas:

- a) Comprando y vendiendo las propias acciones
- b) Comprando y vendiendo derechos a comprar o vender dichas acciones a un precio determinado.

Evidentemente la segunda opción es más accesible que la primera, ya que la prima necesaria para comprar o vender el derecho de compra o venta de una acción es mucho menor que el valor de la acción, mientras que el potencial beneficio es el mismo. Esto hace que con el mismo capital podamos optar a beneficios mucho mayores.

Otro aspecto a tener en cuenta es que se trata de un juego de beneficio cero. Cuando invertimos en bolsa nos encontramos con que cuando la bolsa sube todos ganan y cuando la bolsa baja todos pierden, en los derivados cuando yo gano alguien pierde y a la inversa; las ganancias de un contratante son las pérdidas de otro.

² Este mercado en nuestro país está regulado por MEEF Renta Variable en Madrid y MEEF Renta Fija en Barcelona. Este organismo hace las funciones de cámara de compensación entre los partícipes liquidando las posiciones diariamente.

El NYMEX ha creado un mecanismo de compensación para algunos derivados OTC energéticos comúnmente negociados que permite a las contrapartidas de muchas transacciones OTC bilaterales acordar transferir mutuamente la negociación a ClearPort, eliminando el riesgo de crédito y rendimiento para las contrapartidas de transacciones iniciales OTC.

Los derivados OTC están documentados en acuerdos maestros. Un acuerdo maestro es un acuerdo entre dos partes que indica las normas estándar que se aplican en todas las transacciones entre esas dos partes. Con cada nueva transacción, las normas del acuerdo maestro no necesitan ser renegociadas y se aplican automáticamente.

En los Estados Unidos la negociación OTC se realiza a través de intermediarios que usan servicios como OTC Bulletin Board (OTCBB) y Pink Sheets. El mercado OTC se monitorea desde el NASD. Ya que no se negocia en ninguna bolsa importante y se hace poca investigación, estas negociaciones se consideran arriesgadas. Ya que la negociación en ese mercado es muy infrecuente, la diferencia entre precios obtenidos y solicitados es muy grande.

Existe una versión creada por ISDA de uso común por las instituciones financieras³. La organización ISDA ha establecido un contrato marco para operaciones en derivados entre las instituciones financieras. En el contrato marco se establecen las definiciones y condiciones generales que regularan cualquier derivado contratado entre dos instituciones financieras. La inclusión de un derivado contratado OTC entre dos instituciones financieras bajo el amparo de un contrato marco es voluntaria, pero suele hacerse ya que evita tener que redactar y negociar todas las condiciones y definiciones cada vez que se pacta una operación. Diferentes anexos al contrato marco regulan las características específicas de los distintos derivados existentes, por ejemplo swaps, derivados de crédito, derivados sobre renta variable, etc.

- Posteriormente se llevó a cabo la confirmación de la permuta financiera de los tipos de interés, mediante un nuevo documento suscrito también por el actor, en el que se describían los términos y condiciones específicos de la operación. Sin embargo, el actor sostiene que concertó un seguro para garantizar un tipo fijo de interés, en relación con el préstamo hipotecario que había suscrito con la entidad demandada con la finalidad de asegurar la contingencia de una posible subida de tipos de interés del préstamo en cuestión, siendo el coste de dicho seguro 600 Euros. Así lo reconoce el representante legal de la entidad bancaria demandada, al señalar que el actor se interesó por la posible subida de tipos de interés, y como quiera que no quería que el tipo pactado en el préstamo hipotecario subiera le propuso la contratación de un seguro, por el que a cambio del pago del 600 euros se garantizaba un tipo de interés fijo.

Ambos documentos constituyen una unidad, por lo que han de examinarse conjuntamente para examinar si existió o no error en el consentimiento por la falta de información necesaria y por la forma en que se redactaron las cláusulas del mismo.

3. EL CONSENTIMIENTO VICIADO.

³ ISDA (International Swaps and Derivatives Association, "Asociación internacional de Swaps y derivados") es una organización profesional que agrupa a los mayores actores del mercado de derivados. El objetivo principal de la organización es establecer un marco de referencia mediante contratos estándar. La importancia de la organización en la negociación de este tipo de productos proviene de la bilateralidad de los contratos (OTC-Over The Counter), es decir, que no se negocian en un mercado organizado con reglas específicas.

La parte actora alega el error en el consentimiento, como causa para solicitar la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada el 18 de mayo de 2004. El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado, y la escasa formación del personal encargado de dicha comercialización.

El consentimiento es un requisito esencial, cuya ausencia determina la nulidad del contrato, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo indispensable para poder actuar, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad.

El error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente. En cuanto al error, el artículo 1266 CC se refiere al error vicio y aquí nos hallamos ante un error obstativo; el ámbito de esta norma lo concreta el artículo 1300: sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa), es decir, a aquél en que ha habido error en la voluntad («error vicio») y no error en la declaración («error obstativo»), aquél provoca la anulabilidad (por el vicio), éste la inexistencia (por la falta de uno de los elementos) y este último es el producido en el presente caso.

4. INFRACCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL MERCADO DE VALORES.

En el presente caso, estamos ante un contrato tipo que como tal ha de ajustarse por la fecha de su redacción al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

El art. 14.2 de la citada norma dispone que los contratos-tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda.

En primer lugar, y a tenor del art. 15.1, resulta obligatoria la entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, debidamente suscrito por las partes: a) en las operaciones en las que exista contrato-tipo, como ocurre en el presente caso. Sin embargo, únicamente figura firmado por el actor el contrato marco al que se adjunta el anexo I, y la confirmación de la permuta, pero no se adjuntó el anexo II⁴. Este documento resulta de gran importancia al contener un conjunto de definiciones para interpretar las confirmaciones de operaciones financieras, documentadas al amparo del contrato marco. Precisamente en dicho anexo se contienen las diferentes opciones, entre las que cabría incluir la que nos ocupa, denominada “Floor”.

Se trata de una opción diseñada para cubrirse de posibles bajadas en el tipo de interés. Así el comprador adquiere el derecho a que el vendedor le abone la diferencia, si ésta es positiva, entre el tipo de interés fijado en la opción (strike) y el tipo de interés de referencia vigente en el mercado en determinadas fechas futuras, mediante el pago de una prima y para un importe nominal teórico. La compra de una opción Floor permite fijar un suelo de rentabilidad en las inversiones realizadas, por lo que le protege contra posibles descensos en

⁴ Todos estos documentos se acompañan como Anexos al presente comentario.

el tipo de interés. Por el contrario la venta de una opción de este tipo genera un ingreso constante mientras el tipo de interés no varíe o suba, generando pérdidas ilimitadas en el caso en que el tipo de interés de referencia descienda por debajo del tipo de ejercicio⁵.

Las ventajas para el comprador son: fija el rendimiento mínimo de su inversión; no se ve privado del beneficio derivado de una evolución al alza en el tipo de interés; al ser un producto OTC (Over The Counter), el FLOOR se adecua perfectamente a las necesidades del cliente en cuanto a importes, plazos, strike, etc... Los inconvenientes para el comprador es que requiere el pago de una prima en el momento de la contratación; al ser un producto OTC, el FLOOR es un producto con menor liquidez de la que se encuentra en un mercado original; a posteriori, el FLOOR nunca es la "mejor" alternativa: si los tipos suben, hubiese sido mejor esperar sin hacer nada; si los tipos bajan, hubiese sido mejor contratar un IRS.

En su contratación aparte de fijar las anteriores características tenemos dos opciones:

- a) Fijar el tipo de interés mínimo, de este modo el intermediario financiero nos fijará la prima.
- b) Fijar el importe de la prima, en este caso el intermediario nos fijará el tipo de interés mínimo.

La cancelación se realizará de dos formas:

⁵ Son conceptos Básicos:

- Fecha de contratación: es la fecha en la que se contrata y paga la prima por la opción.
- Fecha de comienzo: suele coincidir con la de contratación y es el momento a partir del cual entra en vigor el derecho comprado.
- Fechas de fijación: fechas en las que se produce la publicación del tipo de referencia y se compara con el strike.
- Fechas de liquidación: fechas en las que la entidad realizará pagos al cliente siempre que el tipo de mercado esté por encima del strike.
- Fecha de vencimiento: es el momento en el que termina la vigencia del derecho comprado, coincidiendo con la última fecha de liquidación.
- Precio de Ejercicio, Strike: es el tipo de interés que se fija para liquidar los beneficios en caso de que los hubiera entre el tipo de referencia y el fijado en la opción.
- Tipo de interés de Referencia: es el tipo de interés que se toma para el cálculo de los beneficios, por ejemplo Euribor 3 meses.
- Importe nominal: es el importe del capital asegurado subyacente.
- Prima: Es el precio pagado por la adquisición del derecho. En este caso corresponde a un diferencial sobre el tipo de interés de ejercicio.

- Liquidando la posición con el intermediario financiero.
- Tomando una posición de sentido contrario.

Pues bien, dicha documentación no consta que la entidad financiera la entregara al actor. A este respecto el art. 15.2 del citado Real Decreto dispone que las entidades retendrán y conservarán copia firmada por el cliente de los documentos contractuales. También conservarán el recibí del cliente a la copia del documento que le haya sido entregada.

Tampoco resulta acreditado que llevara a cabo la obligación de información previa al cliente. En este sentido, el art. 5.3 del Anexo (Código general de conducta de los mercados de valores) dispone que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo, para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Por su parte, el art. 16 de la norma citada dispone que las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores, un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación.

A continuación, el número 2 de dicho precepto, añade que las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado.

El Ministro de Economía y Hacienda determinará los supuestos, el contenido mínimo y periodicidad, en ningún caso superior al semestre, con que las entidades deberán remitir información a sus clientes en contratos de duración original superior al año o de duración indefinida. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores, y el Banco de España, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán requerir de las entidades la modificación de los modelos usados en la información a los clientes cuando la misma no cumpla las condiciones de claridad exigibles.

Además de lo anterior, las entidades estarán obligadas siempre que lo solicite el cliente a proporcionarle toda la información concerniente a las operaciones contratadas por ellos.

La tendencia del legislador a aumentar la protección de la cliente, en cuanto a la obligación de información de las entidades financieras, se manifiesta en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005,

de 4 de noviembre, dispone, en su art. 64 que 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. 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.

El artículo decimonoveno del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, relativo a instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, dispone que las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. Dichas entidades ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

En el caso que nos ocupa, la sentencia declara que la entidad demandada no cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, pues no consta que se le hubiera proporcionado al cliente la documentación necesaria, por ser parte integrante del contrato, para conocer el verdadero objeto o contenido del mismo. El representante legal de la entidad demandada dijo que en la oferta vinculante del préstamo hipotecario se ofreció al cliente una cobertura genérica que podía hacerse de muchas formas. Aunque en el documento de oferta vinculante del préstamo hipotecario, donde se recogen las condiciones financieras del mismo, entre otras el importe del préstamo y los intereses variables pactados, no se hace mención a estas formas de cobertura, y contiene lapsus importantes, sobre la finca hipotecada, que realmente son dos, y no una, e incluso no aparece firmada por ninguna de las partes.

La entidad financiera asume como objetivos, según su página web, el llamado espacio MIDIF, como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76 CE, y el Reglamento CE 1287/2006. Las disposiciones de aplicación del régimen que regula las condiciones de funcionamiento aplicables a la prestación de servicios de inversión y servicios

auxiliares, y la realización de actividades de inversión, deben reflejar el objetivo que subyace a ese régimen. Por consiguiente, han de concebirse de modo que garanticen un elevado nivel de protección de los inversores, aplicado de forma uniforme a través de normas y requisitos claros que rijan la relación entre una empresa de inversión y su cliente. La presente Directiva establece que las empresas de inversión que presten servicios de inversión, exceptuado el asesoramiento en materia de inversión, a nuevos clientes minoristas deben celebrar con el cliente un acuerdo básico y por escrito en el que se especifiquen los derechos y obligaciones esenciales de la empresa y del cliente. Sin embargo, no impone ninguna otra obligación en lo relativo a la forma, el contenido y la ejecución de los contratos de prestación de servicios de inversión o servicios auxiliares. Deben establecerse requisitos de información apropiados y proporcionados que tengan en cuenta si el cliente es minorista o profesional. Uno de los objetivos de la Directiva 2004/39/CE es asegurar un equilibrio proporcionado entre la protección de los inversores y las obligaciones de revelación aplicables a las empresas de inversión. Con este fin, es preciso que se incluyan en esta Directiva requisitos de información específicos menos rigurosos en lo relativo a los clientes profesionales que a los clientes minoristas. Las empresas de inversión deben proporcionar a sus clientes o posibles clientes información adecuada sobre la naturaleza de los instrumentos financieros y de los riesgos asociados con la inversión en los mismos, de modo que los clientes puedan adoptar cada decisión de inversión sobre la base de una información adecuada. El nivel de detalle de dicha información puede variar en función de la condición del cliente, esto es, según se trate de un cliente minorista o un cliente profesional, así como de la naturaleza y el perfil de riesgo de los instrumentos financieros que se estén ofreciendo, pero esa información no debe ser nunca tan general que se omitan elementos esenciales. Es posible que para algunos instrumentos financieros solo la información que haga referencia al tipo de instrumento sea suficiente, mientras que para otros la información deba ser específica al producto. Las condiciones que debe cumplir la información facilitada por las empresas de inversión a sus clientes y posibles clientes a fin de que sea imparcial, clara y no engañosa deben aplicarse a las comunicaciones destinadas a los clientes minoristas de forma apropiada y proporcionada, teniendo en cuenta, por ejemplo, los medios de comunicación y la información que la comunicación pretende transmitir a los clientes o posibles clientes. En especial, no sería adecuado aplicar estas condiciones a las comunicaciones publicitarias que consten solo de uno o varios de los siguientes elementos: el nombre de la empresa, un logotipo u otra imagen asociada con la empresa, un punto de contacto, una referencia a los tipos de servicios de inversión prestados por la empresa, o a sus honorarios o comisiones. Cuando una empresa de inversión que preste servicios de gestión de cartera deba proporcionar a los clientes minoristas reales o potenciales información sobre los tipos de instrumentos financieros que pueden figurar en las carteras de los clientes y los tipos de operaciones que pueden llevarse a cabo con dichos instrumentos, esta información debe especificar por separado si la empresa de inversión ha de recibir un mandato para invertir en instrumentos financieros no admitidos a negociación en un mercado regulado, en derivados, o en instrumentos que no sean líquidos o que sean muy volátiles; o realizar ventas en corto, compras con fondos prestados, operaciones de financiación de valores o cualquier operación que implique el pago de margen, el depósito de garantías reales o el riesgo de tipo de cambio. La información que una empresa de inversión está obligada a proporcionar a un cliente minorista en lo relativo a costes y gastos asociados incluye la información sobre los acuerdos de pago o ejecución del contrato de prestación de servicios de inversión y de cualquier otro contrato relacionado con un instrumento financiero que se ofrezca.

En el presente caso, el actor tendría la consideración de minorista, siendo lo cierto que no ha sido tratado con las prevenciones exigibles al máximo nivel de protección. De la declaración del representante legal se deduce el incumplimiento de la normativa señalada, pues difícilmente puede creerse que se explicara el contenido del contrato, cuando el mismo desconocía la mayor parte de las menciones técnicas que se contienen en la confirmación de la permuta financiera, hasta el punto de identificar el Anexo II con la confirmación. La falta de claridad de las cláusulas y la ausencia de un sistema preciso sobre la liquidación hacía preciso

el Anexo II, que con acierto se denomina “Definiciones para la interpretación de las confirmaciones de operaciones documentadas al amparo del contrato marco de operaciones financieras”. La confusión en la que el actor se encontró a la firma del contrato marco y de la confirmación ulterior es evidente a la vista del clausulado de éste último. El propio encargado de la entidad bancaria, aunque identificó la operación como permuta financiera, hablaba de un contrato de seguro, por el que a cambio de una prima de 600 Euros, pasaba de variable a fijo el interés del préstamo hipotecario. Aunque se predique la autonomía del contrato de permuta, es palmaria la relación entre éste y el préstamo hipotecario. Por tanto, aunque el actor sea cliente habitual de la entidad demandada y tenga suscritos varios contratos, acciones, etc., eso no significa que conociese previamente las condiciones de contratación de los contratos comentados, o que merezca menor protección informativa que otra clase de clientes. En consecuencia, debemos concluir que su consentimiento se encontraba viciado, a efectos de mostrar la voluntad contractual precisa para la validez del mismo.

5. INFRACCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

Igualmente se alega que la propia redacción del contrato, vulnera de manera flagrante la Ley de Consumidores, no ajustándose el producto contratado al perfil del actor. A la fecha de formalización de los contratos estudiados resulta de aplicación la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio). En particular, su artículo 10 fija las condiciones que han de cumplir las cláusulas no negociadas individualmente: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

El mismo régimen se contiene en el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (art. 80).

En el presente caso, aunque no tengan la condición de abusivas las cláusulas que lo integran, por no concurrir los requisitos del art. 10 bis LCU/1984, o art. 82 LCU/2007, y por tanto, no es posible determinar la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas por abusivas, es lo cierto que sí procede al declaración de nulidad del contrato por el vicio de consentimiento que provoca su inadecuada redacción.

La consecuencia obligada de dicha nulidad es la restitución recíproca de las prestaciones objeto del contrato, con sus frutos e intereses (art. 1303 CC), al objeto de conseguir la restitución íntegra personal y patrimonial. Por tanto, la entidad demandada deberá devolver al actor las cantidades cargadas en la cuenta por importe de total de 6.137 Euros, más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato de permuta financiera hasta la ejecución de sentencia, y los intereses legales (arts. 1100 y 1108 CC), desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta.

Pascual Martínez Espín