

Id Cendoj: 05019370012010100355

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Ávila

Sección: 1

Nº de Recurso: 225/2010

Nº de Resolución: 211/2010

Procedimiento: CIVIL

Ponente: JESUS GARCIA GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

[Resumen:](#)

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

**SENTENCIA: 00211/2010**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A N Ú M: 211/2010

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRÍSIMOS SRES.

PRESIDENTA

DOÑA MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ

MAGISTRADOS

DON JESÚS GARCÍA GARCÍA

DOÑA FRANCISCA JUAREZ VASALLO

En la ciudad de Ávila, a nueve de Septiembre de dos mil diez.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de JUICIO ORDINARIO Nº 1131/2010, seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE ÁVILA, RECURSO DE APELACIÓN Nº 225/2010, entre partes, de una como recurrente BANKINTER, S.A., representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. MARIA JESÚS SASTRE LEGIDO, dirigido por el Letrado D. LUIS VICENTE PURAS RIPOLLES, y de otra como recurrida MERCANTIL R---, S.L, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. PILAR PALACIOS MARTÍN y dirigida por el Letrado D. CARLOS HERNÁNDEZ GUIO.

Actúa como Ponente, el lltmo. Sr. DON JESÚS GARCÍA GARCÍA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE ÁVILA, se dictó sentencia de fecha 24 de Mayo de 2010 , cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Que, estimando la demanda presentada por la sociedad mercantil R--- S.L representada por la procuradora Dª Pilar Palacios Martín y defendida por el letrado D. Carlos Hernández Guío contra la sociedad mercantil Bankinter S.A representada por la procuradora Dª María Jesús Sastre Legido y defendida por el Letrado D. Luis Vicente Puras Ripollés:

A.- Declaro la nulidad de pleno derecho del contrato de gestión de riesgos financieros y su posterior actualización celebrado entre las partes. B.- Condeno a la parte demandada la sociedad mercantil Bankinter S.A a pagar a la parte actora la sociedad mercantil R--- S.L la suma de 3.718,30 euros así como el interés legal del dinero de la citada suma desde la fecha de presentación de la demanda (once del mes de diciembre del pasado año dos mil nueve) hasta la fecha de la presente sentencia y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos de la citada suma desde la fecha de la presente sentencia hasta que sea totalmente ejecutada.- C.- Condeno a la parte demandada la sociedad mercantil Bankinter S.A al pago de las costas procesales causadas a la parte actora la sociedad mercantil R--- S.L."

SEGUNDO.- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el *art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre la Sentencia estimatoria de instancia la defensa de la entidad mercantil Bankinter S.A, quien pide su revocación, y en consecuencia, la desestimación de la demanda que presentó en el primer grado la mercantil R--- S.L.

Antes de analizar los concretos motivos de recurso, conviene dejar acreditados los siguientes presupuestos de hecho:

a) En fecha 11 de Julio de 2007 la mercantil recurrente y la entidad también mercantil Bankinter, S.A., suscribieron un contrato denominado de gestión de riesgos financieros o Clip de tipo de interés, que había ofertado la entidad bancaria a través de su comercial doña Violeta , ejecutiva de PYMES de esta entidad.

El contrato fue ofertado al administrador y representante legal de la mercantil aquí apelada D. Juan Ramón , quien, además de tener los estudios de Maestría Industrial, estudió el primer curso de Ingeniería técnica Industrial, según reconoció en el acto del juicio, aunque no tenía estudios financieros especiales, pero sí había intervenido con frecuencia en operaciones bancarias de descuento, habiendo firmado el día anterior (es decir, el 10 de Julio de 2007) un contrato de descuento con Bankinter S.A, denominado Multilínea Financiación Bankinter (vid folio 111).

b) El objeto y contenido del contrato de gestión de riesgos financieros estaba encuadrado en un denominado Clip Bankinter 07-9.3, cuya finalidad consistía en evitar los riesgos derivados de los posibles aumentos/disminuciones de los tipos de interés y estabilizar (por eso se llama Clip) los costes financieros de la empresa que suscribió el contrato, inherentes a los efectos de la variabilidad de los tipos de interés sobre los distintos contratos de financiación que pudiera tener suscritos con cualquier entidad bancaria.

En definitiva, el clip arrojaría un resultado favorable al cliente cuando los costes financieros aumentaran a causa de que los tipos de interés subían; y a la inversa, si éstos bajaban se producirían liquidaciones negativas, cuando los costes financieros se redujeran, al bajar los tipos de interés.

c) El contrato suscrito entre las partes el 11 de Julio de 2007, de gestión de riesgos financieros, tenía los siguientes apartados convenidos, que en síntesis son los siguientes: El nominal pactado fue de 250.000 #; la fecha de inicio el 21 de Junio de 2007; la fecha de vencimiento el 19 de Julio de 2010; la duración alcanzaría los tres años, realizándose liquidaciones trimestrales los días 18 de los meses de octubre, enero, abril y julio de cada año.

Y se pactó específicamente que el cliente pagaba en el trimestre 1 el 4,10%; el trimestre 2 el 4,50 % si el Euribor en esos tres meses era igual o menor al 4,80 %; y los trimestres 3 a 12, el 4,85% si el Euribor era el 5,15%.

El cliente recibía el Euribor de 3 meses.

d) Lo cierto y real es que en fecha 24 de Abril de 2008, el citado Clip fue renovado, después de 8 meses de vigencia, y de algunas liquidaciones positivas a favor del cliente. La novación modificativa que se produjo del citado contrato fue con el mismo nominal de 250.000#; la fecha de inicio el 16 de Abril de 2008; la fecha de vencimiento el 15 de Agosto de 2011 con una duración de 3 años y 3 meses; las liquidaciones trimestrales se harían los días 14 de los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre de cada año contratado.

El cliente abonaría de los trimestres 1 al 15 el 4,65% si el Euribor era menor o igual a 5%.

Las liquidaciones pasarían del 4,85% al 4,65% de interés.

e) En junio de 2007 el endeudamiento que tenía la mercantil R--- S.L con otras entidades financieras, según el Centro de Información de Riesgos (Cirbe) del Banco de España, era de 1.300.000 #, aproximadamente.

Como la Sentencia de instancia estimó en su integridad la demanda, pues consideró que, dada la complejidad del contrato, el Sr. representante legal de la recurrente sufrió un error esencial que vició su consentimiento, decretando la nulidad del contrato (*arts. 1265, 1266 del C. Civil*) con las consecuencias que prevé el *art. 1303* del mismo Texto, se alza la defensa de Bankinter S.A en base a los motivos que se estudian a continuación.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos de recurso son complementarios, porque aluden a la falta de exhaustividad, claridad y motivación en la Sentencia recurrida, que produjo indefensión a la entidad apelante, porque en ella se transcriben los textos íntegros de Sentencias dictadas por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Vigo y el Juzgado nº 6 de Gijón, no siendo idénticos los supuestos que ahí se estudian, y porque no se valoraron las pruebas que se practicaron en el acto del juicio.

Considera la apelante que no existe fundamento alguno para decretar la nulidad del contrato.

El tercer motivo de recurso viene referido a que la carga de la prueba de que se produjo error o dolo a la hora de celebrarse el contrato, que afectó al consentimiento que prestó el Sr. Juan Ramón como representante legal de la mercantil R--- S.L, corría a cargo de esta entidad, y no del Banco.

Los motivos alegados en el recurso de apelación tienen que prosperar.

En efecto, es cierto que el error es uno de los motivos que pueden producir la nulidad de un contrato, invalidando el consentimiento prestado, pero para que esto ocurra, tal y como prevé el *art. 1266 del C. Civil*, es necesario que recaiga sobre la sustancia objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieran dado lugar a su celebración.

El T.S sienta como doctrina que para que el error pueda invalidar el contrato por defecto de consentimiento, es preciso que se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (vid p.e Ss. T.S de 6 de Febrero y 18 de Abril de 1.978, 6 de Febrero de 1.999, 12 de Julio de 2002, 24 de Enero de 2003, 17 de Febrero de 2005 y 17 de

Julio de 2006 ); y también es preciso que no sea imputable a quien lo padece (vid Ss. T.S de 22 de Mayo de 2006 y 12 de diciembre de 2005 ), y que, además, sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, no mereciendo la protección legal quien prestó su consentimiento de forma negligente, pudiendo haber rechazado el contrato.

Naturalmente, el contrato de gestión de riesgos financieros cubre un riesgo a favor de la empresa, cuando los tipos de interés suben. En este caso, la empresa tiene que soportar el encarecimiento de su endeudamiento, y por ello se suscribe el contrato, para que el Banco (en este caso Bankinter, S.A) cubra ese riesgo. Pero como contrapartida el cliente (empresa) asume el riesgo de que si los tipos de interés (Euribor) bajan, al ser su endeudamiento menos oneroso, se compromete a abonar al Banco unas cantidades, según los acuerdos pactados.

Se puede considerar que estos contratos cubren el posible impacto que en el rendimiento financiero de una entidad o institución puede quedar expuesta, cubriendo ese riesgo que asume. Y no solo podría pactarse el aseguramiento de intereses o permutas financieras (swaps), sino sobre futuros financieros, opciones financieras, fras (acuerdos sobre tipos de intereses futuros etc). En el presente caso, la entidad actora en la instancia alega que firmó el contrato de gestión de riesgos financieros sin comprender su contenido (así en prueba de interrogatorio de parte).

Sin embargo, con independencia de que no es habitual la firma de un contrato en general, y menos un contrato bancario, sin que el contratante se asesore o comprenda su contenido, en modo alguno puede entenderse que el error sea esencial o excusable, en la medida que, aunque pudiera existir tal error (que en este caso no se demuestra) pudo fácilmente evitarse por el Sr. Representante legal de la demandante en la instancia, aquí apelada, con una mínima diligencia consistente en la lectura de los documentos, pues las cláusulas del contrato de permuta financiera de tipos de interés, unidos a la contestación a la demanda, la mayoría de ellas se entienden sin dificultad; y, en caso de no comprenderse la solución era no firmar el contrato, o, caso de firmarle, haberse asesorado por personal competente.

La Sala no considera que D. Juan Ramón sufriera error alguno, y ello por las siguientes razones:

1º) La entidad R--- S.L., según se afirma en la demanda, no había tenido relación con el Banco aquí apelante, con lo cual era lógico que el contrato financiero que se le ofertaba fuera escudriñado y analizado antes de firmarle.

2º) El contrato en cuestión tuvo una vigencia inicial, y después fue novado casi un año después, siendo suscrito nuevamente por el Sr. representante legal de la demandante en la instancia. Si hubiera padecido error, era lógico que no lo renovara.

3º) Lo que ocurre es que el tipo de interés pactado, el Euribor, bajó de una forma importante, hasta el 1.50%, lo cual, lógicamente perjudica a la empresa citada, y beneficia al Banco; y cuando éste realiza las oportunas operaciones carga al cliente el importe correspondiente según lo pactado. Pero ello, no es motivo de error esencial, sino que el objeto del contrato pactado debido a las circunstancias financieras concurrentes ya perjudicaba al cliente. Un contrato no puede ser válido cuando favorece, y nulo cuando perjudica (vid SsAP Ciudad Real de 18 de Junio 2009 y de 1ª Instancia de La Coruña de 2 de Noviembre de 2009).

4º) Por último, no se puede desconocer la prueba testifical practicada en el acto del juicio en las personas de doña Violeta y doña Raquel , quienes en pocas palabras y con total concisión expusieron lo que fue objeto del contrato, y que en esos términos fue explicado al Sr. Representante legal de empresa aquí apelada.

TERCERO.- Mención especial merecen las alegaciones de la defensa de la actora en la instancia, de que no se informó por Bankinter S.A a aquélla del proceso de comercialización del producto financiero que ofrecía. Es verdad que puede considerarse aplicable, en materia de contratos financieros la *Ley de 24/1988 de 28 de Julio, de Mercado de Valores* , modificada por la *Ley 47/2007 de 19 de Diciembre* ; pudiéndose tener a la vista también el RD. 217/2008, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. Ahora bien,

según el *art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores*, las empresas que presten servicios de inversión (lo cual en el presente caso es difícilmente asimilable), clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas, teniendo la consideración de profesionales aquellos a quienes se presume experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. También el *art. 79 de la misma Ley* prevé que las entidades que presten servicios de inversión DEBERAN comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y en particular, observando las normas establecidas en tal ley y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Y el *art. 79 bis de la misma Ley* exige a las entidades que presenten servicios de inversión el mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes, debiendo ser la información imparcial, clara y no engañosa, proporcionando información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta etc.

El *art. 79 ter* dispone que será obligatorio que consten por escrito los contratos celebrados con clientes minoristas. Para la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversiones a dichos clientes, bastará la constancia escrita o fehaciente de la recomendación personalizada. Pues bien, en el presente caso, la suscripción del contrato comentado no solo fue escrita, sino que está detallado el clausulado. También fue firmado por las partes tras un periodo de reflexión (en el acto del juicio se indicó que los contactos comenzaron el año 2006), y cuando ya los tipos de interés superaban el 5% según la referencia del tipo de interés que marcaba el Euribor (Euro Inter Bank Offered Rate), y por ello las liquidaciones favorecían al cliente, no se presentó queja alguna, no constando sea cierto que se preguntara al Banco "qué era eso", como se trata de hacer creer al Tribunal, sin que dicha cuestión se planteara a la financiera (vid folio 37), ni tampoco consta que no se informara al Sr. representante legal de la apelada en dos años sobre la forma de liquidarse los vencimientos según lo pactado. Las liquidaciones se notificaron en tiempo.

Lo que no se puede perder de vista es que el contrato de gestión de riesgos financieros es un contrato consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y determinada, atípico, y aleatorio (vid *art. 1790 del C. Civil*), que genera derechos y obligaciones para ambas partes; y que tiene cierta semejanza con el contrato de seguro, pues se cubre el riesgo por parte de la entidad bancaria de que si suben en demasía los tipos de interés a los que deben hacer frente las empresas, el Banco les cubre; pero por contra el cliente, que se ve beneficiado por su bajada y se beneficia de que puede hacer frente a su endeudamiento con menos carga, a la par se compromete con el Banco a pagarle los vencimientos por esa bajada, según lo pactado.

CUARTO.- Dimanante de todo lo estudiado, no se ha detectado ni que la empresa R--- S.L (Sr. Representante legal) haya sufrido error, ni que éste recayera sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, y por ello no se invalida el consentimiento, no procediendo decretarse su nulidad. Pero tampoco se aprecia la existencia de dolo (vid *art. 1269 del C. Civil*), pues ni se utilizaron palabras o maquinaciones insidiosas por parte de la comercial de Bankinter S.A quien de forma clara, escueta y fácil, hizo comprender en el acto del juicio en qué consistía el contrato, ni tampoco se aprecia engaño alguno, cuya probanza incumbiría a la aquí apelada.

Podrá estarse o no de acuerdo con su contenido; podrá suscribirse o no (vid *art. 1255 del C. Civil*); pero una vez firmado, no constando que sus cláusulas sean abusivas o que dejen en indefensión a alguna de las partes contratantes, obliga a las mismas a su cumplimiento (*arts. 1256 y 1258 ambos del C. Civil*), por lo que el recurso de apelación se estima en su integridad, revocando la Sala la Sentencia recurrida, y procediendo, por ello, la desestimación de la demanda inicial.

QUINTO.- Al desestimar la Sala la demanda, las costas del juicio en primera instancia se imponen a la parte demandante, entidad Rubber Vulk España S.L, por aplicación de lo que dispone el *art. 394 de la LEC*.

Al revocarse la Sentencia recurrida no se imponen a las partes las costas causadas en esta alzada por aplicación de lo que dispone el *art. 398 de la LEC*.

Vistos los preceptos citados y demás aplicables.

## **FALLAMOS**

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Bankinter S.A contra la Sentencia nº 102/2010 de fecha 24 de Mayo de 2010 dictada por el Titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Ávila en el procedimiento ordinario nº 1131/2009 , del que el presente Rollo dimana, Y LA REVOCAMOS en el sentido de que desestimamos íntegramente la demanda que presentó la entidad mercantil R--- S.L contra la también mercantil Bankinter S.L a la que absolvemos de las pretensiones de aquélla, declarando válido y eficaz el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito por ambas partes, imponiendo las costas causadas en primera instancia a la mercantil R--- S.L, y sin que se impongan a las partes las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber los recursos que caben contra la misma y una vez firme, expídase su testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.