

<b>LAURA OLIVER FERRER</b> PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES E-mail: lauraOliver@lcpv.com	<b>NOTIFICADO: 07-OCT-10</b> <b>INICIO PLAZO 11-OCT-10</b>
--	---

ROLLO NÚM. 000366/2010

RF

**SENTENCIA NÚM.: 276/10**

Ilustrísimos Sres.:  
 MAGISTRADOS  
 D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA  
 Dº MARIA ANTONIA GAITON REDONDO  
 Dº PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a seis de  
 octubre de dos mil diez.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 000366/2010, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000948/2009, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 25 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a BANKINTER SA, representado por el Procurador de los Tribunales \_\_\_\_\_, y asistido del Letrado don \_\_\_\_\_, y de otra, como apelados a \_\_\_\_\_, representado por el Procurador de los Tribunales LAURA OLIVER FERRER, y asistido del Letrado don BENJAMIN JOSE PRIETO CLAR, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANKINTER SA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 25 DE VALENCIA en fecha 22/2/10, contiene el siguiente FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por \_\_\_\_\_, contra Bankinter SA debo declarar y declaro la nulidad radical del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre los litigantes, sin coste alguno y con retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio, con imposición de costas a la demandada.

**SEGUNDO.-** Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANKINTER SA, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las

BENJAMIN PRIETO

actuaciones.

**TERCERO.-** Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** entabla demanda contra Bankinter SA para que se declare nulo por vicio de error en el consentimiento el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre los litigantes con la retrocesión de las liquidaciones practicadas.

Bankinter SA se opuso a tal pretensión defendiendo la validez y eficacia del contrato.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia 25 Valencia estima la demanda y decreta la nulidad de tal contrato al no prestar Bankinter la información relevante concurriendo error invalidante en la actora.

Se interpone recurso de apelación por la entidad demandada alegando como motivos que meramente se enuncian; 1º) Independencia del contrato de préstamo hipotecario frente al contrato litigioso; 2º) Cumplimiento de la normativa de transparencia bancaria por la demandada; 3º) El error de valoración de prueba por la Juzgadora de instancia y 4º) Inexistencia de error como vicio de consentimiento, razones por las que interesaba la revocación de la sentencia por otra que desestimase la demanda.

**SEGUNDO.** Este Tribunal revisado el contenido de los autos, las pruebas practicadas y visto el soporte de grabación audiovisual conforme al artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, ha de confirmar la decisión de la Juez de Instancia sin que concurra el error denunciado sobre la apreciación de la prueba; al contrario, la probanza, muy explicitada por la Juez, pone de manifiesto una clara actuación ambigua, confusa y ciertamente arbitraria por parte de la entidad bancaria a la hora de concertar el contrato, impropia de la buena práctica bancaria y uso financiero con una relación directa en la obtención del consentimiento por parte de la demandante y por ende hace aplicación correcta del artículo 1300 del Código Civil.

La existencia del error invalidante del consentimiento contractual es una mera cuestión de hecho a solventar por su propia naturaleza conforme a la probanza practicada (sentencia Tribunal Supremo 25-2-1995 y 26-2-1998, entre otros) y es por ello que si bien, existe en la casuística jurisprudencial resoluciones de Audiencias Provinciales que han sancionado por esa razón la nulidad de contratos semejantes al ahora enjuiciado (SAP Asturias 27/1/2010 y 23/7/2010 y SAP Pontevedra 7/4/2010) y otras que han dictaminado su validez, (SAP Madrid, secc. novena, 10/7/2009 y SAP Ávila 9/9/2010), la solución del supuesto pasa por estar para tal efecto a las propias circunstancias que concurren en el presente caso. Esa ha sido la función de la Juzgadora de Instancia, efectuada de forma correcta, cuyos razonamientos y conclusión la Sala acepta y comparte.

De entrada es de señalar que el contrato suscrito denominado "gestión de riesgos financieros" (nominado comercialmente CLIP Bankinter EXTRA), en otros supuestos llamados "permuta de cuotas de tipo de interés" o "swap de tipo de intereses" es un instrumento financiero concertado con la finalidad de protegerse el cliente de las subidas

que puede acarrear los tipos de interés de aplicación a sus operaciones de pasivo y por tanto se trata de un mecanismo para estabilizar en la medida de lo posible sus costes financieros; intercambiándose con la entidad financiera cuotas de tipo de interés referencial a aplicar sobre un importe no real, por eso llamado notional, de tal forma que en caso de subida del tipo referencial y por ende de incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente (con igual o diversa entidad con la que suscribe el mentado contrato) viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera y caso de bajada de tal tipo de interés (por ende, menor coste financiero en operaciones de pasivo) el cliente debe abonar aquello que no ha devengado en su coste financiero a la entidad con la que contrata el mentado negocio, de tal forma que finalmente por tal vía puede el cliente hacerse una previsión de estabilidad de sus costes financieros. Ciertamente no es necesario que tal contrato esté vinculado a una determinada operación de pasivo, siendo autónomo e independiente de éstas y puede ser concertado en referencia bien al global del pasivo o bien con referencia a una o varias operaciones de tal naturaleza. Es un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte en cuanto según los tipos referenciales pactados aplicados sobre el importe notional determinará que la liquidación produzca un saldo negativo (carga para el cliente) o positivo (abono para el cliente) y con un aspecto aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo del interés, al enfrentarse un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Esta operación si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del artículo 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (artículo 1 Ley Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros.

El acceso cada vez mayor por los pequeños inversores al mercado financiero y las dificultades o complejidades que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conducta para las entidades de crédito o financieras tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio cuya aplicación a la operación enjuiciada (artículo 2) no es objeto de discusión y está sobradamente aceptada por la demandada, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2, ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el Real Decreto 217/2008 de 15 febrero, (aplicable al caso dada la época de concertación contractual) que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos

financieros" (artículo 64). 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. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

Respecto al perfil del cliente del que depende la norma de conducta informativa por la entidad bancaria, no se discute la cualidad de minorista de la entidad actora y que nos encontramos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento; circunstancias que obligan a la entidad en la fase informativa a tenor del artículo 79 bis 7) de la Ley Mercado Valores a practicar el llamado test de conveniencia (conforme al artículo 73 del RD 218/2008 citado) y ello no responde sino a cumplimentar que el cliente conozca y comprenda en los términos expuestos supra, la operación a suscribir.

El producto enjuiciado no puede ser tildado de sencillo en su comprensión para tal perfil de cliente, tanto por el lenguaje técnico financiero empleado como por su propio contenido con un complejo entramado, en apartados tan esenciales como los temporales al concurrir, fecha de cobertura, fecha de comercialización, fecha de inicio de producto y fecha de vencimiento; la multiplicidad de tipos de interés en juego a efectos de liquidaciones y una complicada, amén de vaga e imprecisa regla de cancelación, cobrando en consecuencia, especial sentido e importancia, tanto el informe o test necesario para que el cliente comprenda la operación como la labor informativa expuesta para una vez conocida las aspectos esenciales de la operación decidir su concertación. En la medida que tales obligaciones dispuestas legalmente no se cumplan por la entidad financiera y por ende no haya adoptado la transparencia y diligencia establecida por el legislador, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio que debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato.

**TERCERO.** De la documental aportada con la demanda (documento 1) y de la adjuntada en contestación (Doc. 2) se observan ciertos aspectos esenciales que dan razón indudablemente a la parte demandante, de que tal operación propuesta a instancia de Bankinter cuando se iba a suscribir un préstamo hipotecario (asi reconocido por el director de la sucursal, Sr. <sup>7</sup> no quiso suscribirse por la actora y fue firmada bajo la presión desplegada por aquél, no constando el cumplimiento de la carga informativa a la que se ha hecho referencia supra por lo que no puede ser ajeno que la actora creyese que firmaba un contrato que realmente no era el que firmaba. Aunque el documento 1 de la demanda ha sido impugnado por la demandada, resulta evidente que es un instrumento de la propia entidad bancaria que refleja las condiciones particulares y generales de la operación, al ser idénticas a las habidas en el contrato finalmente suscrito, el acompañado como documento 2 de contestación. La diferencia estriba en la propia firma y en añadidos a bolígrafo que en todo caso ha reconocido el Director de la Sucursal de la demandada haber sido escritos por él mismo.

Las siguientes consideraciones determinan la omisión informativa y por ende esa falta de diligencia y transparencia, sancionada por el Juzgado;

1º) Lo primero que llama la atención es la falta de cualquier justificación documental informativa sobre la operación a concertar, cuando resulta acreditado que el contacto entre Banco y cliente lo fue para una operación de préstamo hipotecario y con ocasión de la misma, el banco interesa del cliente ese contrato de gestión de riesgos; no existe medio probatorio alguno que ponga de manifiesto que antes de la reunión para suscribir el contrato se entregase folleto, documento o explicación escrita que describiese las características y connotaciones esenciales de un contrato como el controvertido.

2º) Hay omisión total de la fecha de suscripción contractual, aspecto que no es irrelevante en el caso presente, porque el contrato (en el ejemplar firmado) lleva incorporado como hoja 2, precisamente el test de obligado cumplimiento al inversor minorista, también sin fecha; cuando tal obligación al entrar en fase precontractual o informativa resulta indudable que ha de ser previa a la perfección contractual y no en el mismo contrato, pues de ser así es evidente el incumplimiento de la obligación informativa del Banco, porque a la hora de firmar el cliente ha de ser conocedor de la causa de la operación, es decir, ha de comprender lo que se va a contratar; no firmar primero (hoja primera) las condiciones particulares del contrato y después el test de que ha comprendido el mismo. Aparte de ello asiste razón a la actora en cuanto los recuadros sobre las dos preguntas del text no vienen marcados de propia mano del cliente sino premarcados vía informática. Por ello cuando en el recurso de apelación se lee (pag.11) que la prueba de que la información se dio correctamente es el contenido del propio contrato, constituye de por sí el propio incumplimiento de la obligación de Bankinter, pues a parte de que tal información ha de ser como se ha dicho suficiente y previa al contrato, es que además como luego se verá tampoco resulta clara y precisa.

3º) Otra notoria irregularidad, redundante en esa ausencia informativa, es el montante del importe nominal que no puede obviarse juega como elemento esencial del contrato, dado que sobre el mismo se aplica el tipo de interés referencial y por ende la obtención del saldo positivo o negativo. Ha quedado acreditado que el importe de tres millones de euros fue fijado de forma unilateral y arbitraria por el Director del Banco al colocar la suma que en el CIRBE aparece respecto a la entidad . A pesar de que la demandada insiste que fue aceptado por el cliente no hay prueba alguna que así lo demuestre. Si ello fuera como dice la entidad bancaria, no se comprende como el director de la sucursal del Banco, (así lo ha reconocido), posteriormente, anotó en tal apartado de su propia mano la cifra de un millón de euros(encontrándonos con dos importes nominales entre si desproporcionados) y la afirmación de que se hizo como simple "regla de tres" no elimina el hecho indudable de que el cliente no estaba conforme con ese importe nominal pues sino carece de sentido todas esas enmiendas en el contrato. El swap de tipos de interés indudablemente puede ser concertado por el cliente en atención al montante global de su pasivo o bien por operaciones concretas de pasivo, pero ello al fin y al cabo es decisión del cliente y no de la entidad financiera.

4º) En el contrato suscrito, condiciones particulares aportado por el banco en el apartado esencial de las liquidaciones en cuanto a los tipos de interés objeto de permuta a tener en cuenta para las liquidaciones y trimestres, concurren los impresos, y otros tipos de interés añadidos a bolígrafo. Si ello significase una explicación de cómo juegan los tipos, resulta evidente que tal información no es dable darla a la hora de firmar el contrato (pues incluso no se encuentran tales añadidos en el ejemplar primeramente no firmado que aporta el cliente) sino con carácter previo.

5º) En el contrato se dispone como representante interviniente por parte de a (en las condiciones particulares y en las generales) tanto en el ejemplar que aporta la actora (no firmado) como en el adjuntado en la contestación, firmado por a. Ello reporta trascendencia en el caso presente, porque por Bankinter se ha invocado y reitera en la alzada que la negociación y relación contractual fue sostenida entre el director del sucursal y el citado Sr. (con intención de restar valor a la testigo cuando la demandante alega que los contactos negociales fueron entre y el mentado Director y que aquélla tuvo un importante protagonismo por sus conocimientos a la hora de sorprenderse por el contenido de tal contrato y rechazar la firma del contrato de gestión de riesgos y cuya declaración testifical ha sido considerada por la Juez con trascendencia. Pues bien, entendemos acertada esa valoración de la Juez conforme al artículo 376 de la Ley Enjuiciamiento Civil que aprecia correctamente su testimonio, no sólo porque efectivamente visionado íntegramente su declaración da buena cuenta y de forma exhaustiva y segura de los pormenores de las vicisitudes ocurridas, sino por la razón de que la defensa del banco no cuadra con toda esa documentación donde consta como representante interviniente en la operación la persona de nominación reiterada y cualidad de intervención que desvirtúa ser su padre quien llevaba toda la gestión y además el empleado de la demandada ha reconocido que en la primera reunión que se tuvo para firmar la operación (junto con el préstamo) no se logró y de ahí el ejemplar que aporta la demandante. En el recurso se afirma como causa de tal frustración que no se disponía del contrato (alegato insólito dado el ejemplar poseído por la actora) y que no había sido sancionado por "Riesgos", alegación carente de acreditación. La realidad como bien expuso la testigo citada y se recoge en la sentencia es que se encontraron ante una serie de cuestiones no entendidas, suficientemente explicitadas por aquella que determinaron la negativa a suscribir a tal momento dicho contrato.

6º) Por último la presión y avidez con que se quiso obtener la firma del contrato está igualmente acreditada, pues además de la testifical de la Sra que aún de referencia pone de relieve la inseguridad mostrada por incurre el dato de que ante la negativa relatada precedentemente a suscribir el contrato por quien intervenía como representante de el director de la sucursal del Banco sita en Alfafar, (donde había tenido lugar la anterior reunión), se presenta al cabo de poco tiempo en el mismo día, no en la sede social de la demandante, sino en la oficina de esa sociedad en Valencia (Av. Burjasot) para obtener la firma de Así lo reconoce el Director de la sucursal, no obstante el contrato pone como lugar Alfafar y resulta por lo expuesto supra que al firmante no se le dio previa información alguna sobre el contenido del contrato a suscribir y buena prueba de ello son las enmiendas a bolígrafo que contiene el pacto de liquidaciones y la hoja dos del contrato ya comentada supra. Ciertamente que el firmante no leyese dicho contrato, no puede constituir un elemento determinante de la pretensión de nulidad pues implica una diligencia del propio afectado, pero antes de tal firma el mentado debía tener conocimiento de causa de la operación que no la poseía dada la carencia informativa.

7º) Además la Sala pone de manifiesto que los actos posteriores a tal firma, reiteran la disconformidad de la demandante con tal operación y es que suscrito al parecer en octubre de 2008, pocos días después el acude a la sucursal para mostrar su desacuerdo y querer dejarlo sin efecto y así consta su presencia en fecha de 11/11/2008 no negada de contrario. Es más, antes de la fecha de la primera liquidación que iba a ser en 15-2-2009, vuelve a personarse en la entidad y suscribe el documento 4 de la demanda y 9 de la contestación (original) con clara intención de cancelar el contrato (las expresiones fueron

redactadas por el Director, como así reconoció) en fecha de 14-1-2009 y cuando ya se sabía que en la primera liquidación iban a tener saldo a favor del cliente en suma de 1.150 euros(al exponerse en el propio instrumento). Este dato fáctico se aleja de otros casos fácticos donde el cliente después de haber obtenido y aceptado saldos positivos insta la nulidad contractual cuando el saldo pasa a ser negativo, lo que demuestra y reitera que la entidad actora jamás quiso suscribir esa operación de riesgo. En todo caso tampoco consta que en la información precontractual la entidad bancaria pusiera en conocimiento las consecuencias de cancelar la operación y la misma defiende que no era gratuita,(dato incuestionable) pero distinto es que se disponga para tal efecto de "un precio de cancelación acorde con la situación de mercado" frase absolutamente indeterminada, vaga e imprecisa, de la que difícilmente el cliente puede conocer el coste aproximado que acarrea la facultad de cancelar la operación, pues siquiera se expresa los componentes, método, factores o reglas que se van a tomar en cuenta para fijar tal precio.

Por las consideraciones expuestas, Bankinter SA no cumplió con la diligencia exigida para la concertación del contrato de gestión de riesgos financieros y por ende tuvo una actuación contraria a la diligencia de su obligación de transparencia y buen uso financiero como certeramente concluye la Juez al no dar la información relevante y preceptiva al cliente, por lo que el consentimiento de éste se encontraba viciado al no comprender el negocio que se suscribía y sus elementos esenciales y al afectar a la esencia negocial la conclusión ha de ser la nulidad del contrato(arts. 1265, 1266 y 1300 código civil) por lo que el fallo del Juzgado Primera Instancia ha de ser ratificado.

**CUARTO.** La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de costas a la parte apelante por mor del artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLO**

Desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia 25 Valencia en proceso ordinario 948/2009 confirmamos dicha resolución, imponiéndose las costas de la alzada a la parte apelante.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido apra el recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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

**PUBLICACIÓN.-** Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.