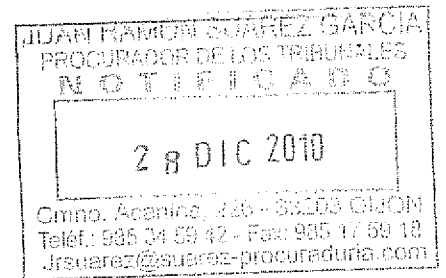


**AUDIENCIA PROVINCIAL DE  
GIJON  
Sección 007**

Domicilio : PRENDES PANDO 1-3ª PLANTA  
Telf : 985176944-45  
Fax : 985176940

Modelo : SEN000  
N.I.G. : 33024 42 1 2009 0009111  
ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000560 /2010  
Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de GIJON  
Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000671 /2009

RECURRENTE : BANKINTER  
Procurador/a : MARINA GONZALEZ PEREZ  
Letrado/a : JAIME GUERRA CALVO  
RECURRIDO/A : PREFABRICADOS DE HORMIGON HERMINIO MARTINEZ SL  
Procurador/a : JUAN RAMON SUAREZ GARCIA  
Letrado/a : MARCELINO TAMARGO MENENDEZ



**SENTENCIA N° 539/2010.**

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCIA  
DON RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE  
DOÑA MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA.

En GIJÓN, a dieciséis de Diciembre de dos mil diez.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 671/2009, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 11 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 560/2010, en los que aparece como parte apelante, BANKINTER, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARINA GONZALEZ PEREZ, asistido por el Letrado D. JAIME GUERRA CALVO, y como parte apelada, PREFABRICADOS DE HORMIGON HERMINIO MARTINEZ SL, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, asistido por el Letrado D. MARCELINO TAMARGO MENENDEZ.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 8 de Junio de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO.- 1.- La estimación de la demanda formulada por D. Juan Ramón Suárez García, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de "PREFABRICADOS DEL HORMIGÓN HERMINIO MARTÍNEZ, S.L.", frente a "BANKINTER, S.A.", declarando la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros, denominado "Clip Bankinter Flexiplus 5", concertado entre las partes en fecha 30 de Abril de 2.008; debiendo procederse a la total anulación de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato y como consecuencia del mismo, con restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato.

2.- La desestimación de la reconvención formulada por D<sup>a</sup> Marina González Pérez, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de "BANKINTER, S.A.", absolviendo a la demandada, "PREFABRICADOS DEL HORMIGÓN HERMINIO MARTÍNEZ, S.L.", de las pretensiones contra ella ejercitadas.

3.- La condena de "BANKINTER, S.A.", al pago de todas las costas de este procedimiento, tanto las causadas a instancia de la demanda principal como las de la demanda reconvencional.

Notifíquese esta sentencia a las partes".

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de BANKINTER, S.A. se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se



señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 30 de Noviembre de 2010.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente la Iltma. Sra. Magistrada DOÑA MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La acción ejercitada en el presente caso no es otra que la nulidad del contrato suscrito entre la sociedad mercantil Prefabricados de Hormigón Herminio Martínez S.L. y la entidad Bankinter S.A. denominado "Gestión de Riesgos Financieros", firmado el 30 de abril de 2008, por haber existido en su formación vicios del consentimiento, al concurrir error al contratar un producto sin saber exactamente lo que el articulado esconde, y el dolo de la entidad bancaria que no asesora suficientemente a su cliente.

La entidad demandada se opuso a dicha pretensión interesando la desestimación de la demanda y la libre absolución de su representada.

La sentencia estimó la demanda declarando la nulidad del contrato, debiendo procederse a la anulación de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato y a la restitución de las partes a la situación anterior a la formalización del contrato. Y la desestimación de la reconvención formulada.

La entidad bancaria interpuso recurso de apelación por infracción del requisito interno de congruencia, inadecuada aplicación de la Ley del mercado de valores y error en la valoración de la prueba.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



**SEGUNDO.-** Para resolver el supuesto enjuiciado partiremos de la consideración de que el consentimiento es un requisito esencial, cuya ausencia determina la nulidad. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (STS de 20 abril de 2001).

En el mismo sentido 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 y hace que el negocio jurídico sea inexistente.

La parte actora alega error en el consentimiento, como causa para pedir la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada. El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente estaba contratando ante la falta de información adecuada de la entidad bancaria de las consecuencias y efectos reales del tipo de contrato que firmaba.

Así las cosas, lo suscrito es un contrato de gestión de riesgos financieros, y dicho documento ha de examinarse para deducir si medió o no el error en el consentimiento que se alega, por la falta de información necesaria. Toda vez que el actor mantiene que lo que concertaba era un tipo de seguro contra la subida de los tipos de interés.

El perito D. Cristóbal Verdú Nido en el informe pericial obrante en autos, señala que el contrato de gestión de riesgos financieros es un contrato "Swap" de interés o un contrato de permuta de carácter financiero en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nominal en una misma moneda. El swap de intereses suele referirse al intercambio de intereses fijos por intereses variables. En todo contrato de permuta financiera, existe un riesgo de tipo de interés, tanto al alza como a la baja. El contrato de gestión de riesgos financieros no es un contrato





de seguro de tipos de interés sino un contrato especulativo que conlleva un riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente, en la medida de que, fijado un tipo de interés inicial fijo en el contrato, los tipos de interés futuros bajen en cuyo caso se producirá una pérdida y un beneficio si los tipos de interés futuros suben.

Sobre este tipo de contratos se ha pronunciado ya esta Audiencia, en la sentencia de 29 de octubre de 2010, con cita de la de esta misma sección de fecha 27 de enero de 2010 que declara: " es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 del código civil y 50 del código de comercio, incorporado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno y otro contratante un saldo deudor o, viceversa".

En concreto, el contrato de litis viene a estructurarse en unas condiciones generales o contrato marco, idénticas para todos los productos financieros susceptibles de contratación con la entidad bancaria demandada, y unas condiciones particulares individualizadas para tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco, desarrollado en las condiciones generales expuestas en el mismo (doc. N° 4).



Dado que el acuerdo de intercambio del pago de tipos de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros la nota de aleatoriedad es también característica de tal clase de contratos. Sin bien la finalidad que normalmente se persigue con la concertación de dichos contratos es la de posibilitar a las empresas la cobertura o mejora de la deuda financiera ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a un motivación de índole puramente especulativa, que no parece que sea el presente caso.

Por lo que con arreglo a lo expuesto, y lo manifestado por el Perito, tanto en su informe como en la vista respecto al tipo de contrato suscrito, al decir que es un contrato de riesgo, instrumento financiero complejo, es un derivado, al ser susceptible de pérdidas o beneficios para ambas partes, es plenamente aplicable al mismo la normativa del mercado de valores y el llamado espacio MIDIF, tal como acertada y fundadamente razonó el juez de instancia en su sentencia, por lo que deber ser confirmado este aspecto de la resolución y desestimado el recurso.

**TERCERO.-** Otro objeto de discusión y debate es el referido a la falta de información y conocimiento de lo que se estaba contratando.

De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de un hecho



negativo como es la ausencia de dicha información (Sentencia A. P. Valencia de 26-04-2006).

La tendencia del legislador en los últimos tiempos ha sido cada vez más proteccionista de la clientela y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Y así, en aplicación de la doctrina de la C.E., el R. D. 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga el R.D. 629/1993 de 3 de mayo, y en su art. 64.1 dispone que las entidades financieras 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 de 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 tener decisiones de inversión fundadas. Debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convenga. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y de conveniencia (arts. 72 y 73 del Real Decreto 217/2008). Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros (art. 79 bis 8 LMV), aún cuando la iniciativa parta del cliente la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia.

Ya en la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2010 se señalaba que para resolver la cuestión objeto de debate, hemos de hacerlo sobre la base de exigir la diligencia profesional específica a la entidad de inversión, con un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar de la persona a quien se dirige. Así lo ha declarado la sentencia de esta Audiencia de 11 de enero de 2006 que atañe el deber de información y diligencia de una



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



entidad financiera en la gestión de carteras de inversión, en la que con cita de la sentencia del TS de 11 de julio de 1998 se manifiesta que: " la ley del Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art.79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones del mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada ya sí el art. 255 del código de comercio impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación. La sentencia del TS de 27 de enero de 2003, declara que: " ...la entidad efectúa como labor profesional y remunerada, una gestión de intereses y por cuenta de tercero, en el marco de las normas del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad...".



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

**CUARTO.-** Con arreglo a lo expuesto, hemos de analizar si en el caso concreto que nos ocupa ha existido información adecuada y suficiente a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio y la respuesta ha de ser negativa. Pues como se desprende del informe pericial las liquidaciones trimestrales practicadas por Bankinter no se han motivado



debidamente, en el contrato de gestión de riesgos financieros no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto ni se motivó posteriormente por Bankinter la liquidación practicada. El Acuerdo básico derivado del "contrato Clip" no cumple la normativa MIFID, no se realizó el test de conveniencia ni el test de idoneidad. Y en la vista aclaró en el año 2008 los estudios del Banco de España y Fundación de las Cajas de Ahorro tenían previsiones de que los tipos de interés iban a bajar, en el contrato no se establece un tope por arriba, el tipo fijo es alto, si hay subidas es pequeño el beneficio para el cliente, si bajada el beneficio de la empresa es mayor.

En franca contradicción con lo manifestado por la entidad bancaria, tanto en la persona de D. José Luis Sanz al declarar que lo que se solicitó fue una cobertura, le explicaron las liquidaciones y la fórmula de cálculo se explica en el contrato. Lo que se perseguía era la estabilidad que es contrario a un contrato de riesgo, no se plantearon riesgos ni se comentó que pudiera dar resultado positivo o negativo, al cliente no le preocupaban las bajadas, el contrato no tiene techos ni por arriba ni por abajo. No maneja ni conoce previsiones sobre euribor, depende del mercado, las previsiones eran al alza en el año 2008. Nunca se le ofreció un seguro, lo que le manifestaron era la preocupación por la subida de los tipos de interés, y esa fue la razón de suscribir el contrato de cobertura de los riesgos de los tipos de interés. Las liquidaciones negativas fueron provocadas por la crisis económica y bajada inesperada de los tipos de interés. Como, de otra parte, por Dña. Belén Rodríguez Fernández declaró que en los contratos aparecen los tipos de liquidaciones y en el contrato marco se explica. El tipo viene fijado por el mercado, al 4,65, euribor a seis meses. En el año 2008 estaba el interés al alza.

Pues bien, de lo expuesto consideramos que no se cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente y aplicable





al caso, no consta que se le haya proporcionado al cliente la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba, y de los riesgos concretos que tenía el swap que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de los tipos de interés, como fue el caso, pues no se ha aportado la documentación que manejó y aportó para sustentar y apoyar las explicaciones que le ofrecieron; máxime cuando la entidad bancaria tenía calificado al cliente como minorista, como así aparece en la documentación aportada, que en aplicación de las Directivas relativas a los mercados financieros, fundamentalmente todos los particulares y las PYMES, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, y no ha sido tratada la empresa con las prevenciones exigibles al máximo nivel de protección.

Y como se recoge en la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2010, " se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce en el cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este tipo de contratos ha vista como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos..... y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario". Si bien, en el presente caso, se trata de una sociedad limitada dedicada al comercio al por menor de accesorios y útiles de jardinería, negocio familiar regentado por dos socios, en lo que no consta unos especiales conocimientos para advertir prima facie, y sin la información



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado.

En igual sentido se pronuncia la sentencia de 27 de enero de 2010 de la sección 5º de esta misma Audiencia, al establecer:

” De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables en uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro que configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen al ilustrar sobre lo obvio, esto es que, como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado es positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, es las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés. Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el banco sí la posee”.





**QUINTO.-** Por todo lo dicho, hemos de analizar si concurren las condiciones del error invalidante del contrato, a saber "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a celebrarlo, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padezca; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (STS de 26-06-2000). Y la respuesta de esta Sala ha de ser positiva, pues el cliente del banco, que con la operación intenta precaverse del coste y riesgo financiero de una póliza de descuento concertada, se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues la información desplegada por la entidad financiera hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega.

La consecuencia obligada de la nulidad que aquí se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1303 del código civil). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS de 22 de abril de 2002). Lo que conlleva, como consecuencia obligada, la desestimación de la pretensión reclamatoria que se formulaba en la reconvención.

**SEXTO.-** La desestimación de recurso de apelación conlleva, a tenor de lo establecido en el art. 398 apartado 1º de la Ley de enjuiciamiento civil, la condena al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente



F A L L O

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. González Pérez en nombre y representación de la mercantil BANKINTER, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Gijón, en los autos de juicio ordinario nº 671/2009, CONFIRMANDO esa resolución en todos sus pronunciamientos; con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

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