



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 3  
VALLADOLID**

SENTENCIA: 00173/2011  
AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

SECCION TERCERA

ROLLO N° 64/11

**DAVID VAQUERO GALLEGO**  
PROCURADOR

FECHA DE NOTIFICACIÓN  
**27 mayo 2011**

**S E N T E N C I A n° 173**

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JOSE JAIME SANZ CID

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

En Valladolid, a veinticuatro de mayo de dos mil once.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000302/2010, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000064/2011, en los que aparece como parte apelante, D. . . . . y D<sup>a</sup>. / . . . .  
F . . . . . representados por el Procurador de los tribunales, Sr. DAVID VAQUERO GALLEGO, asistidos por el Letrado D. DAVID GONZALEZ ESGUEVILLAS, y como parte apelada, BANKINTER, S.A., representado por el

Procurador de los tribunales, Sr. JOSE MIGUEL RAMOS POLO, asistido por el Letrado D. LUIS VICENTE RIPOLLÉS PURAS, sobre DECLARACION DE NULIDAD O ANULABILIDAD DE CONTRATO, siendo Magistrado Ponente el ILmo. D. ANGEL MUÑIZ DELGADO.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de primera instancia estima la demanda rectora del procedimiento, declarando la nulidad del denominado contrato de gestión de riesgos suscrito entre los actores y la entidad bancaria demandada, condenando a esta a restituir a aquellos el saldo favorable que a día de dicha resolución asciende a 4.888,39 euros.

Apoya el juzgador tal decisión en que la cláusula de cancelación anticipada contemplada en dicho contrato proporciona una información genérica e insuficiente acerca de las consecuencias que acarrea. Añade que tal precaria información no fue en modo alguno completada por otros medios complementarios, a tenor de las declaraciones prestadas en juicio por la representante legal de la demandada y por la empleada que llevó personalmente la negociación del producto financiero en cuestión con los demandantes, quedando sustraídos a estos datos fundamentales sobre los que formar correctamente su voluntad respecto de dicho extremo que reputa de notable trascendencia. Pese a la estimación íntegra de la demanda no se hace expresa imposición de las costas de la primera instancia por entender concurren dudas fácticas y jurídicas que así lo aconsejan.

**SEGUNDO.-** Dicha resolución se impugna en apelación en primer lugar por la entidad bancaria demandada, manteniendo la plena validez del contrato concertado inter partes. Tras una explicación del contenido del producto financiero que constituye su objeto, aduce en primer lugar que la cláusula de cancelación anticipada no incurre en oscuridad o insuficiencia alguna. Alega que su contenido, junto con las explicaciones ofrecidas al cliente previamente a la firma del contrato y la preparación universitaria del mismo, permite deducir contó con una información clara y suficiente cara a formar correctamente su voluntad, sin error alguno que viciare su consentimiento, conociendo las dos variables de las que dependía el coste de la cancelación, que esta podía resultarle negativa y la causa a la que todo ello obedece, que no es sino deshacer a precio de mercado la cobertura.

El contrato concertado inter partes es el doctrinalmente denominado de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés, en su origen anglosajón denominado Swap. En la doctrina de la Audiencias ha sido estudiado con profundidad por la *SAP Asturias de 27 de enero de 2010* sistemáticamente citada por otras Audiencias que la han seguido posteriormente, que lo caracteriza en el sentido de que "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del *art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio*, importado 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 (nocial) 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 u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del *art. 1.799 Código Civil* atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes". Las *SAP Cáceres de 18 de junio de 2010*, *SAP León de 22 de junio de 2010* y *SAP Zaragoza de 26 de octubre de 2010*, subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan. Otras como la *SAP Valencia de 6 de octubre de 2010*, lo relacionan con el contrato de seguro en el sentido de que si bien "no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima, no obstante, la nota semejante puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

Caracterizado en tales términos el contrato litigioso, una completa información por parte del banco al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, tanto en fase precontractual cuanto contractual, es básica con carácter general para el correcto funcionamiento del mercado financiero, cara tanto a lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que en el mismo intervienen. Ese deber de información goza si cabe de mayor importancia cuando de la contratación de inversiones o productos de riesgo se trata. En tal sentido la *Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre*, por la que se modifica la Ley del mercado de valores, continuó con el programa normativo de protección del cliente que ya se venía instaurando en su inicial redacción y disposiciones de desarrollo, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas cara al diferente tratamiento informativo del que debían ser objeto (*artículo 78 bis*); reitera así mismo el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introduce el *artículo 79 bis* regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales, que debe versar sobre la naturaleza y riesgos del específico producto financiero para que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa", debiendo incluir las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y finalidades que persigue (*artículo 79 bis nº 3, 4 y 7*). Previsiones todas ellas que se reiteran en muchos aspectos en el *R.D. 217/2.008 de 15 de febrero* sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios e inversión.

**TERCERO.-** Trasladando tales consideraciones generales al caso que nos ocupa y mas concretamente a la cláusula de cancelación anticipada que ha motivado la declaración de nulidad del contrato en primera instancia, nos encontramos en primer término con que en el exponiendo que precede al condicionado general se advierte al cliente de que este tipo de instrumento financiero conlleva un cierto grado de riesgo derivado de factores tales como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, de manera que si esta es contraria a la esperada o se produce un supuesto extraordinario que afecte a los mercados, "se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente". Vemos por lo tanto que ni en el peor de los escenarios previstos se informaba de que el producto pudiese ocasionar una pérdida o resultado negativo para el cliente,

sino tan solo y como mal mayor una anulación del beneficio económico esperado. En la cláusula 6ª del condicionado general se reconoce al cliente la posibilidad de cancelar anticipadamente el contrato, bien dentro de unas determinadas fechas denominadas “ventanas de cancelación”, en cuyo caso el resultado económico vendrá determinado por las condiciones de mercado en ese momento y por el importe nominal contratado, bien fuera de dichas ventanas, en cuyo caso el resultado económico vendrá también determinado por dichos parámetros y además “podrá” verse minorado por el coste o perjuicio que ello haya ocasionado al Banco, reiterándose mas tarde que en todo caso se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en función de las condiciones de mercado. En el condicionado particular tales previsiones se complementaban estableciendo la fecha a partir de la cual se iniciaba el cómputo del periodo de duración de cinco años pactado en el contrato y se fijaban las ventanas de cancelación, reiterándose que el Banco ofrecería un precio de cancelación acorde con la situación del mercado en cada fecha y que adicionalmente “podrá” repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada.

Por otra parte el análisis de la información que sobre este tipo de productos se publicitaba y ofrecía en la página Web del Banco, acompañada por la parte actora en la audiencia previa, evidencia que al margen de reiterar lo ya señalado precedentemente señalaba que si la cancelación anticipada se producía dentro de las ventanas se agruparían las demandas en tal sentido y se ofrecería al cliente un precio de mercado sin penalización adicional, mientras que fuera de dichas ventanas serán cancelaciones “a medida y por lo tanto mas costosas”. Todo ello se acompañaba de una información sobre cual había sido la evolución de los tipos de interés en los últimos tiempos y de unas previsiones fruto de la encuesta realizada por 52 analistas financieros, que indicaban una clara tendencia al alza.

A lo antedicho cabe añadir que los clientes son en este caso un matrimonio de universitarios que acababa de concertar con el banco un préstamo hipotecario con un periodo de amortización a 30 años, con un tipo de interés fijo el primer año al 3,56 % y variable el resto del periodo por un capital de 180.000 euros. El producto que nos ocupa le fue ofrecido por el Banco, manteniendo varias reuniones al efecto con una comercial del mismo que ha testificado en juicio, explicándoselo y entregándoles el contrato y un cuadro ilustrativo (f.126), si bien admite no les comentó nada respecto de la fórmula de cancelación anticipada pues no la conoce, ya que de dicho tema se encarga un departamento especial centralizado de la

entidad cuando dicha cancelación se solicita. Durante los tres primeros años de desarrollo contractual las liquidaciones trimestrales ofrecieron saldos positivos para el cliente, por un total de 974,15 euros, mientras que el cuarto año se les cargó un saldo negativo por importe de 5.862,54 euros, informándoseles al solicitar la cancelación anticipada que su coste para el año que restaba de contrato supondría 8.000 euros.

De todo lo antedicho se deduce que ciertamente se informó al cliente de que caso de cancelación anticipada el coste se calcularía en función de la situación que en ese momento existiera en el mercado de los tipos de interés, del importe nominal contratado y de que podrían repercutírsele los eventuales costes que para el banco representase dicha cancelación. De todos esos factores solo uno de ellos, el importe contratado, era conocido por el cliente, sin que siquiera de manera aproximada se le facilitase información sobre los otros dos. No se le ofrecieron a lo largo de la vida y desarrollo contractual unas mínimas previsiones sobre la evolución de los tipos, al alcance de la entidad financiera y no de aquel que no es un profesional de la inversión ni consta tuviere experiencia o conocimientos financieros, el contrato no contemplaba ni tampoco se le informó de ninguna otra manera sobre cual era la fórmula aplicable para hallar el coste de la cancelación anticipada, que sigue siendo desconocida incluso para la comercial que les vendió el producto pese a haber realizado un curso formativo al respecto, y nada se hacía constar sobre la existencia de un contrato espejo o inverso que se había concertado por el Banco con otro inversor que había de ser recíprocamente cancelado ni de los costes, siquiera aproximados, que ello podía comportar.

Entendemos al igual que el juzgador de instancia que tales omisiones en la información ofrecida por el Banco al menos sobre ese aspecto del contrato produjo en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los *artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil*. Y ello porque dicho error recae, contrariamente a lo que se afirma como segundo motivo del recurso, sobre un elemento contractual que ha de considerarse esencial, no meramente accesorio o secundario. Así desde el punto de vista cualitativo incide directamente sobre el resultado económico que podía esperarse del contrato y sobre la posibilidad de apartarse del mismo en función de la evolución de las circunstancias del mercado, lo que constituye uno de los aspectos principales de lo convenido en un contrato de cierta duración como el que nos

ocupa. Y desde el punto de vista cuantitativo el adelantar el fin del contrato un año tan solo respecto del plazo total pactado de cinco supone un coste nada menos que de unos 8.000 euros, importante suma que representa mas de ocho veces la suma total percibida por el cliente durante los tres primeros años, ello teniendo en cuenta que ya para el cuarto año se le había cargado un saldo negativo de 5.862,54 euros y todo ello para un capital del préstamo hipotecario por importe global de 180.000 euros. Por último señalar que en nada obsta a lo antedicho el hecho de que el cliente no hubiera mostrado disconformidad o dudas acerca del contenido del contrato y en particular de la cláusula de cancelación anticipada durante los primeros años de su desenvolvimiento, pues es a partir del momento en el que los saldos comienzan a ser negativos, representando una importante pérdida, cuando aquel alcanza a comprender el error sufrido, más aún si se tiene en cuenta que sólo en ese momento conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de esos productos, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión.

Vamos por lo tanto a rechazar el recurso de apelación articulado por la entidad actora, confirmando el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que se estima la pretensión de nulidad deducida en demanda.

**CUARTO.-** La parte actora impugna exclusivamente el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia por el que no se hace expresa imposición de las costas, argumentando al efecto el juzgador la existencia de dudas fácticas y jurídicas acerca de la validez de este tipo de contratos.

Desde el punto de vista fáctico no apreciamos la existencia de duda alguna, pues obran incorporados a los autos el contrato y documentación acompañatoria, los documentos que publicitaban el producto y la propia comercial del banco que lo negoció con los actores ha testificado con sinceridad y claridad sobre la información que les proporcionó al respecto. En el aspecto jurídico un repaso por las bases de datos permite constatar la gran litigiosidad que este tipo de producto ha ocasionado, máxime dada la bajada de tipos de interés que experimentó el mercado por aquella época, siendo múltiples los Juzgados y las Audiencias que han tratado pretensiones similares a la que nos ocupa, muchas de ellas precisamente en relación al clip ofertado precisamente por la entidad demandada. Entre ellas el criterio mayoritario es aquel al que nos acogemos y que ha sido aplicado por el juzgador de instancia, bastando citar al respecto las *SAP Cáceres de 8 junio de 2010*, la *SAP Burgos de 10 de noviembre de 2010*, luego reiterada por otra de 3 de diciembre de 2010, la de

Alava de 18 de Enero de 2011, SAP de León de 22 de Junio de 2010, Orense de 7 de Octubre de 2010, etc... No hallamos por lo tanto una disparidad de criterios en la jurisprudencia menor que haga especialmente conflictivo desde el punto de vista jurídico el tema litigioso y justifique apartarse del criterio general del vencimiento objetivo en materia de costas, por lo que vamos a estimar el recurso de la parte actora y a revocar en ese solo extremo la sentencia apelada.

**QUINTO.-** Conforme a lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC, se imponen a la parte demandada apelante las costas causadas por si recurso que se rechaza, sin hacerse expresa imposición de las ocasionadas por el recurso de la actora que se estima.

### FALLAMOS

**LA SALA ACUERDA:** Se **desestima** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKINTER S.A., y se estima el recurso de apelación articulado por la representación procesal de [ ] y de [ ] frente a la sentencia dictada el día 5 de Octubre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Valladolid, en los autos de juicio ordinario de los que dimana el presente Rollo de Sala, resolución que se revoca en el único sentido de imponerse las costas de la primera instancia a la parte demandada, confirmándola en cuanto al resto de sus pronunciamientos con imposición a la demandada de las costas ocasionadas por su recurso de apelación y sin hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de la parte actora.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, publicada el día 4 de noviembre y vigente desde el día siguiente, acordamos, también, la pérdida del depósito constituido al recurrente al haberse confirmado la resolución recurrida, debiéndose dar a aquel el destino previsto en dicha disposición.

Frente a la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.