



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
PALENCIA**

SENTENCIA: 00195/2011
Rollo 248/11

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N° 195/11

SEÑORES DEL TRIBUNAL

Ilmo. Sr. Presidente

Don Carlos Javier Álvarez Fernández

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Mauricio Bugidos San José

Don Miguel Donis Carracedo

En la ciudad de Palencia, a 30 de junio de 2011

Vistos, en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ORDINARIO sobre acción de nulidad contractual provenientes del Juzgado de 1ª Instancia n° 5 de Palencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el mismo de fecha 13 de abril de 2011, entre partes, de una, como apelante BANKINTER SOCIEDAD ANÓNIMA, representado por la Procuradora Doña María Victoria Cordon Pérez y defendido por el Letrado Sr. Fernández Aceituno; y de otra, como apelada, la entidad G. , Sociedad Limitada, representada por la Procuradora Doña Ana Isabel Bahillo Tamayo y defendida por el Letrado Don



Juan Pascual Olmos, siendo Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado Don Mauricio Bugidos San José.

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que el Fallo de dicha sentencia, literalmente dice: "Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Ana Isabel Bahillo Tamayo en nombre y representación de la entidad G. Sociedad Limitada, contra BANKINTER, Sociedad Anónima, representada por la Procuradora Doña María Victoria Cerdón Pérez, debo declarar y declaró la nulidad del contrato de permuta financiera, "CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS, denominado "Clip Bankinter 07 8,3," y en consecuencia la debo condenar y condenó a la demandada a abonar a la actora la devolución de las cantidades entregadas por la actora, que en el momento de interposición de la demanda ascienden a 10.498,20 €, más las que se devenguen durante el trámite del presente procedimiento, cantidad a aquella a la que se aplicará, desde la fecha de interposición de la demanda, el interés legal del dinero, aplicándose a partir de la fecha de la presente demanda a todas las cantidades debidas el interés moratorio referido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación, exponiendo las alegaciones en las que se basaba su impugnación, que fue admitido en ambos efectos, y previo traslado a las demás partes para que presentaran escritos de impugnación u oposición, fueron elevados los autos ante esta Audiencia, y al



no haber sido propuesta prueba, es procedente dictar sentencia.

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Palencia dictó sentencia en fecha 13 de abril de 2011 del tenor que consta en los antecedentes de hecho de la presente, y contra la misma se alza la representación de la demandada Bankinter Sociedad Anónima, en recurso del que, dado traslado a la contraparte, fue objeto de oposición con el resultado que obra en autos.

En el escrito de demanda la representación de la Sociedad Limitada G. pedía que se declarase la nulidad del denominado contrato de "**gestión de riesgos financieros**", que se decía en los antecedentes de la misma, y en consecuencia se devolviesen las cantidades que a consecuencia del mismo habían sido entregadas por la actora, y todo ello al amparo de lo establecido en los artículos 1261 y concordantes del Código Civil, explicando que el representante de la entidad actora había suscrito el mismo con vicio de consentimiento, dado el error con que en su día se prestó. Así lo entendió el Juzgador "a quo", que en una amplia sentencia estudia fundamentalmente el contenido del **exponendo segundo** y de las **cláusulas tercera y sexta** del contrato en su día suscrito, para llegar a la conclusión que ahora se combate.

En el escrito de recurso se objeta, en primer término, lo erróneo que resulta aplicar al caso los criterios de información bancaria a que se refiere, en relación a la contratación que en la misma se regula, la Ley del Mercado de Valores, por entender que el artículo 79-quater excluiría



dicha circunstancia; también dice de la existencia de error en la valoración probatoria por asumir la sentencia recurrida la información de los representantes de la actora, y no la prueba testifical practicada a instancia de la demandada; y a continuación se centra en exponer porqué se entiende que no existe el error determinante de vicio de consentimiento que se decía en demanda, y que el Juzgador entendió concurrente en el momento de la celebración del contrato. La actora y apelada se opuso a los motivos de recurso, motivos que se estudiarán en los fundamentos jurídicos siguientes.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al primero de los motivos, esto es aquel pretende que no debe de aplicarse el criterio que se expone en la Ley de Mercado de Valores, que consagra una normativa concreta referida a la información a prestar, en este caso por la entidad bancaria demandada, en el momento de la formalización de los contratos a que la misma se refiere, se dice en el escrito de recurso que sería de aplicación al caso lo establecido en el artículo 79-quater que establece, en relación a las excepciones a las obligaciones de información y de registro, que "lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o de estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información", pretendiendo que el contrato que nos ocupa debería de calificarse como inmerso o formando parte de un producto financiero de los apuntados, más tal argumento olvida, como bien se dice en la contestación al recurso, que lo que se pretende con dicho artículo es excluir los requisitos de información que taxativamente se dicen en la Ley, cuando previamente a la formalización de las relaciones contractuales en relación al negocio bancario en cuestión, ya se han cumplido los requisitos relativos a riesgos e



información a los clientes, en razón a la existencia, o por mejor decir concurrencia, de dos operaciones conjuntas con iguales obligaciones. En el caso, el contrato litigioso impugnado en demanda, no se entiende que haya formado parte de ningún producto financiero previo, por lo que el derecho de información a que se refiere la sentencia recurrida ha sido entendido y aplicado al caso de forma correcta. Por ello ha de repetirse, con criterio que también adopta el Banco de España, que los contratos de **permuta financiera**, supuesto en el que nos encontramos, están potencialmente sujetos a las obligaciones de información establecidas en el artículo 79 bis de la ley 24/1988; sin que al respecto sea necesario repetir, sino dar por reproducido lo que en la sentencia impugnada se dice.

TERCERO.- Así también, y por lo que se refiere al segundo motivo de recurso, la alegación de que no se encuentra explicación a que el Juzgador de instancia haya asumido la declaración de los representantes de la actora, pero no de los testigos de la demandada, no se asume, y en consecuencia el motivo se desestima.

Al respecto debe reproducirse el criterio repetidamente expuesto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y lógicamente asumido por esta Sala, de la posibilidad de modificar en esta alzada la valoración probatoria de la instancia, pero sólo en aquellos supuestos de manifiesto error valorativo, o de deducción probatoria contraria a los principios de la lógica o de la sana crítica. En el caso, parece que lo que se pretende es la existencia de un error valorativo, y se explica porque se dice que indebidamente se han creído por el Juzgador manifestaciones de una de las partes, pero no de la otra. Aunque ello es así, en sentencia se motiva porqué, y no se encuentra error en lo que se dice. De un lado se advierte del criterio, que no se combate, de que es la entidad demandada y ahora apelante, la que debe de acreditar que la información que suministró a su cliente era

suficiente, y de otro que no se da credibilidad a los testigos de esta última dada su relación con ella, y su especial interés en el caso. Ello así, que en atención, además, al contenido de la prueba documental obrante en autos, se haya llegado a la conclusión que ahora se impugna no es erróneo. De otro lado, precisamente porque la declaración se prestó a su presencia, es el Juzgador de instancia quien mejor pudo percibirse de la forma de declarar los aludidos testigos, y por eso explicada la razón de porqué no son creíbles en sus manifestaciones, explicación además conforme a criterios de lógica, a ello debe de estarse.

CUARTO.- Ya se explica en la sentencia de instancia que el contrato litigioso, denominado **swap** o de **permuta financiera** de tipos de interés, ha sido definido como aquel en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia, los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas, durante un plazo de tiempo determinado. La primordial finalidad de tales contratos es la de posibilitar a las empresas la cobertura o mejora de la deuda financiera (convenir muchas veces sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable) ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés; aunque también puede tener una finalidad -siquiera sea secundaria-, especulativa, asumida por los clientes, dado su componente de aleatoriedad, que sin ser característica esencial del contrato, acompaña a este. No obstante, y precisamente por ello, deben de extremarse las precauciones relativas a la información del contrato y de sus consecuencias, pues una cosa es que pueda predicarse del contrato una cierta finalidad especulativa, y otra que el contratante no tengan noticia cierta y suficiente de cuáles son las consecuencias de la formalización del contrato en cuestión. Precisamente ello es lo que el legislador pretende

al regular el derecho de información del cliente, en la forma que lo hace en la Ley de Mercado de Valores.

Así las cosas, lo que la parte actora decía su demanda era el comportamiento de la demandada, que otorgando una información notoriamente insuficiente, habría originado el error en el consentimiento, que a su juicio debía determinar la nulidad del contrato. Al respecto de ello debe afirmarse que el error invalidante del consentimiento es el calificado como "in substancia", en razón a lo establecido en el artículo 1265 del Código Civil, y en consecuencia habrá de recaer sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, o sea, sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, según previene el artículo 1266 de dicho Cuerpo legal en su apartado primero, lo que significa que dada la amplitud de la fórmula que se utiliza, están comprendidos el error sobre la identidad y materia del objeto, y el error sobre las cualidades atendiendo a un criterio subjetivo, como tal relacionado con la común intención de los contratantes, y por consiguiente con las específicas particularidades de la cosa que los otorgantes contemplaron para alcanzar la conjunción de sus voluntades.

Al estudiar el error que nos ocupa, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en consonancia con la doctrina científica, dice que *"en atención al principio general de confianza, es irrelevante aquel error que no hubiera influido en la determinación de la voluntad del hombre medio, lo que en otro aspecto significa que el mero error en los motivos no trasciende a la validez del contrato, salvo que afecte a concretas circunstancias de hecho valorables como base necesaria del negocio, con arreglo a las normas de la buena fe";* y así también *"que no es atendible el error que aisladamente haya podido sufrir quien haga la oferta o emita la aceptación, ni la importancia prevista para uno u otro, sino que tan sólo son relevantes los motivos incorporados a la causa, o lo que es igual, la creencia errónea sobre la motivación misma del contrato demostrada por la expresiva*

conducta de ambos otorgantes acerca de lo que constituye la finalidad del contrato".

Al respecto y por concretar aún más lo dicho, la doctrina jurisprudencial ha fijado las siguientes pautas de valoración en relación a lo que debe entenderse por error invalidante, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Primero.- Habiendo de atenderse a la base negocial, el error anulatorio recaerá sobre las condiciones o cualidades de la cosa que constituyen la causa principal determinante del contrato, y por ello el simple error sobre los motivos que decidieron a los sujetos a celebrar el contrato no origina efecto alguno, pues aunque haya que partir de un criterio subjetivo de esencialidad, la justificación del carácter esencial del error habrá de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto.

Segundo.- El reconocimiento del error sustancial con trascendencia anulatoria del negocio, tiene un sentido excepcional, ya que fundamentalmente lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es, que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido, sin que los motivos que hayan decidido a las partes para celebrarlo puedan ejercer influencia alguna, por regla general, sobre la validez del acto jurídico.

Consecuencia de lo dicho es que en el caso ha de examinarse, si la razón de la contratación por parte de la actora tuvo que ver con la creencia errónea, por una incompleta información, sobre las consecuencias del contrato, atendida su finalidad, hasta tal punto que la representación que de las mismas se hizo por los representantes de la demandante, pueden entenderse como motivos del contrato celebrado, incorporados a la causa. Así también debe valorarse que por causa de los contratos ha de entenderse, en los contratos onerosos, cual es el caso, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la contraparte, prestación que en el supuesto que se estudia se constituye para la actora, en el

resultado económico que habría de obtener o de sufrir mediante la celebración del contrato y en los supuestos que en el mismo se contemplan.

A mayor abundamiento tampoco podemos olvidar en la interpretación del contrato, y para concluir en la existencia o no del error que se pretende, que nos encontramos ante un contrato de adhesión, lo que supone que aunque haya sido libremente contratado por las partes, es de redacción exclusiva de una de ellas, que por tanto y en razón a lo que dice el artículo 1288 Del Código Civil, no puede beneficiar en su interpretación, caso de oscuridad, a esta última. Ciertamente es que en el caso el problema último no es de interpretación contractual, sino de nulidad contractual derivada de la forma de redacción del contrato, pero el criterio que anima el artículo en cuestión, que es el de no favorecer al causante de la oscuridad, debe de valorarse conjuntamente con lo ya advertido en la sentencia de instancia en relación a la obligación de información de la entidad Bankinter, demandada en el procedimiento, y que redactó el contrato litigioso.

QUINTO.- Teniendo en cuenta lo advertido en el anterior fundamento, y contestando a los concretos motivos de discrepancia que se articulan para considerar la no existencia del error que se cuestiona, se advierte que:

- Ciertamente es que la entidad demandada es una entidad bancaria, que persigue un fin empresarial y no una entidad benéfica o pública que persiga otro tipo de fines, y cierto también que la parte que contrató con ella debe de tener la mínima precaución de leer detenidamente el clausulado del negocio jurídico que suscriba, pero que ello sea así no significa que cuando se han quebrantado principios establecidos legalmente, y cuando además la forma de redacción del contrato y su comprensión se hace difícil por la necesidad de tener conocimientos técnicos específicos, es, en este caso la entidad bancaria, quien tiene la obligación de asumir mayores obligaciones en relación a la explicación a la

contraparte de las consecuencias de lo que contrata, de forma que esta tenga una idea clara y concreta de las mismas, en tanto y porque afectan a las prestaciones de la contraparte, se constituyen además en causa del contrato. Además, no puede desconocerse que el modo de realizar las transacciones comerciales en el ámbito bancario, comúnmente aceptado, supone que éstas se realizan en una situación de espacio y tiempo, si se quiere de suficiente seriedad y tranquilidad, pero no hasta el extremo de que con un absoluto pormenor, y por clientes en general legos en cuestiones económicas, se haga un examen en extremo riguroso de lo que se pacta, que de hacerse en toda su extensión, supondría un periodo de tiempo excesivo, sino en ocasiones inasumible para las partes.

- El escrito de recurso insiste en que en la cláusula tercera del contrato se dice que "el producto de gestión del riesgo implica que periódicamente se realizan una serie de liquidaciones, que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente; y que en las condiciones particulares de cada producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo", pretendiendo con ello que la demandada sabía la posibilidad de existencia de liquidaciones negativas para ella, más al respecto debe de insistirse en lo que se dice en la sentencia de instancia, y ello porque tal argumento no sirve para contrarrestar lo afirmado en esta última, que es el de que dicha cláusula, por sí, no da a conocer con precisión el potencial alcance del resultado negativo del negocio, caso de producirse, al hacerse depender este de la fórmula que figura en las condiciones particulares, lo que está muy alejado de la exigencia de una información concreta de los riesgos específicos, con mención expresa de la posibilidad de importantes pérdidas en el caso de que se produjeran evoluciones bajistas de los tipos de interés que servían como referencia.

- Así también se dice que en la cláusula séptima del contrato se advierte de que se pacta el derecho de compensación de créditos y deudas en su sentido más amplio,



complementado con un mandato general o autorización expresa en los casos en que sea preciso que el cliente lo conceda al Banco por este contrato en forma irrevocable, en tanto no hayan quedado cancelados totalmente las posiciones deudoras derivadas de las operaciones que se regulan el contrato; y aunque ello es cierto debería achacarse a su contenido lo mismo que a la cláusula tercera. Éste no pasa de ser una mera formulación general de la que puede desprenderse la posibilidad de un resultado negativo para el cliente, pero de contenido tan escaso e insuficiente en cuanto a su previsión, que impide que este último tenga conocimiento real de lo que contrata en toda su extensión.

- Se insiste en el escrito de recurso en que en las condiciones particulares del contrato se dice de la fórmula de efectuar las liquidaciones, pero sin necesidad de reproducir el riguroso trabajo que consta en la sentencia de instancia al respecto, aunque sí anunciando que se tiene por válido, se advierte que los argumentos que al respecto se utilizan para nada contradicen los que se utilizan en el fundamento jurídico sexto de la misma. Es decir no se trata de que de una manera general no se contuviesen en el contrato datos relativos a las consecuencias del mismo, sino de que estos son hasta tal punto insuficientes que impiden al cliente bancario conocer las consecuencias de lo que contrata, si no es con un examen muy pormenorizado y documentado del negocio jurídico; y sin que al respecto pueda calificarse a dicho cliente de negligente en la contratación, dada la complejidad de lo que se pacta, como se muestra en la fundamentación jurídica aludida.

- Por más que se pretenda en el escrito de recurso que el error que se alega por la actora y apelada, lo es sobre las previsiones de evolución de los tipos que no se han cumplido por un hecho imprevisto, con la consecuencia de que se han producido liquidaciones negativas no esperadas; el error padecido por la actora se refiere a los motivos mismos de la contratación, que se constituyen en causa del contrato, en



tanto afectan directamente a las prestaciones a dar por una de las partes y a obtener por la otra, de forma tal que dada la escasa información, el cliente bancario se sometió a un pacto del que no tenía conciencia cierta, plena y total de su consecuencia y de los resultados negativos que podría originar.

- En cuanto a la alegación de que en la cláusula sexta del contrato se determinaban con claridad las consecuencias de una **cancelación** instada por el cliente, antes del vencimiento del período contractual, cierto es que en la misma además de decirse de la posibilidad de cancelación anticipada del producto por parte de este último, se establece también que el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de esta; pero en ningún momento se identifica y concreta la fórmula de cálculo del coste asociado a dicha cancelación, lo que es un requisito fundamental para que el cliente tome conciencia del contenido del contrato y de las consecuencias del mismo. Todo ello incide en los ya advertido en relación al desconocimiento o conocimiento incompleto del contenido de las prestaciones que además de ser objeto del contrato, se constituyen en causa del mismo para la contraparte.

- Se dice también que el contenido del contrato disponía de datos suficientes para que el hijo de quien en último término contrató por la actora, que acompañó a su padre en el momento de la celebración del contrato, pudiera percibirse de las consecuencias del mismo, al haber obtenido una diplomatura en Administración de Empresas. Aunque ello sea cierto, no empecé a lo anterior, pues no sólo es que la titulación referida es una diplomatura, que aunque suponga conocimiento de negocios bancarios, no significa que le haga experto o hasta tal punto conocedor de los mismos que una mera lectura del contrato le hubiese servido para conocer sus últimas consecuencias; es que además ello de se desconoce su experiencia profesional y la real intervención que tuvo en el momento de la firma del negocio jurídico que nos ocupa.



Por todo lo anterior, insistiendo en lo ya dicho, y en consecuencia, reproduciendo los argumentos de la sentencia de instancia, que no han sido desvirtuados en el escrito de recurso que ahora se resuelve; afirmando que el contenido del contrato litigioso, precisamente dada la complejidad de las relaciones que se establecían y de las consecuencias de estas, era insuficiente e incluso equívoco para la contraparte, y que por ello y en el marco de unas relaciones contractuales normales no puede decirse que esta adquiriese conocimiento suficiente de lo que contrataba, sin que por lo advertido quepa responsabilizarla de ello, es por lo que se llega a la conclusión desestimatoria del recurso; siendo fundamental para la misma valorar todo lo dicho, pero fundamentalmente el quebrantamiento de la obligación de información que incumbía a la demandada.

SEXTO.- Al ser desestimado el recurso, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **BANKINTER SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la sentencia dictada el día 13 de abril de 2011, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Palencia, en los autos de que dimana el presente Rollo de Sala, debemos **CONFIRMAR** como **CONFIRMAMOS** mencionada resolución en todas sus partes, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

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