



Roj: **SAP PO 1228/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1228**

Id Cendoj: **36057370062015100288**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **25/06/2015**

Nº de Recurso: **310/2014**

Nº de Resolución: **298/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00298/2015AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N01250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2013 0003960

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000310 /2014

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 7 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000232 /2013

Recurrente: CIA. ENRIQUE CAMESELLE RODRIGUEZ S.L.

Procurador: ANA MARIA PAZO IRAZU

Abogado: JAVIER LOIS BASTIDA

Recurrido: BANKINTER S.A.

Procurador: ROSA DE LIS FERNANDEZ

Abogado: JOSE MANUEL OCAMPO MARTINEZ

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente; DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO y DON EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARÉS, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 298/15

En Vigo, a veinticinco de junio de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000232 /2013, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 7 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000310 /2014, en los que aparece como parte apelante, "CIA. ENRIQUE CAMESELLE RODRIGUEZ S.L.", representado por el Procurador de los tribunales, DOÑA ANA MARIA PAZO IRAZU, asistido por el Letrado DON JAVIER LOIS BASTIDA, y como parte apelada, "BANKINTER S.A.", representado por el Procurador de los tribunales, DOÑA ROSA DE LIS FERNANDEZ, asistido por el Letrado DON JOSE MANUEL OCAMPO MARTINE.



Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado DON EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARÉS, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Vigo, con fecha 15-01-2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

" Que desestimando la demanda promovida por la procuradora Dña. Ana Pazo Irazu en nombre y representación de la entidad Enrique Cameselle Rodríguez S.L. frente a la mercantil Bankinter S.A., debo absolver y absuelvo a la misma de la pretensión deducida por la parte actora, sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de "CIA. ENRIQUE CAMESELLE RODRÍGUEZ S.L.", se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del correspondiente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 18-06-2015

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la declaración efectuada en la sentencia de instancia, que desestima la acción de nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros suscritos entre los litigantes con fechas 12 de julio de 2005 y 20 de diciembre de 2006, se alza la parte demandante alegando la existencia de vicio del consentimiento por error excusable, así como dolo en la actuación de la entidad demandada, para lo cual invoca error en la valoración de la prueba, señalando: que se trata de un contrato complejo, que la iniciativa de la contratación partió de la entidad bancaria, que no se le ofreció completa información del objeto y alcance del producto, que la carga de la prueba sobre la diligencia del banco corresponde a este, el cual tiene asimismo la obligación de obtener información sobre los clientes, y que existe desequilibrio contractual entre las partes.

Con carácter previo debemos reseñar algunos hechos probados que tienen especial relevancia para la correcta resolución de esta litis. Y así resulta acreditado que don Alexis, en representación de la entidad "Enrique Cameselle Rodríguez, S.L.", suscribió con fecha 12 de julio de 2005 con la entidad "Bankinter, S.A." un contrato de gestión de riesgos financieros denominado "Clip Bankinter 8.5" con las estipulaciones fijadas en las Condiciones Particulares del citado contrato (que han sido aportadas con la demanda) por importe de 400.000 euros, con fecha de inicio del producto el 2/8/05 y fecha de vencimiento el 2/8/10. Con fecha 20 de diciembre de 2006 se firmó entre las mismas partes un nuevo contrato denominado "Clip Bankinter 06-14.3" por importe de 850.000 euros, con fecha de inicio del producto el 28/12/06 y fecha de vencimiento el 28/6/10. Con fecha 24/3/10 se procedió a la cancelación anticipada de ambos clips.

SEGUNDO.- Los contratos otorgados denominados "swaps" o "clips" son contratos de permuta financiera de tipos de interés. Este tipo de contratos carece de regulación específica y se ha ido desarrollando como instrumentos para hacer frente a los riesgos financieros de las empresas (riesgos de mercado y riesgos de crédito), dentro de lo que se denomina instrumentos financieros derivados. Nos encontramos entonces ante un contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. El swap de tipo de interés supone, según el Reglamento CE nº 2558/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, "un intercambio de pagos de intereses de diferente naturaleza, como pueden ser tipos fijos y tipos variables, dos tipos variables distintos, tipos fijos en una moneda y variables en otra, etc.". En este caso la evolución del tipo de interés aplicable, con base en las condiciones pactadas en los contratos, está supeditado a las fluctuaciones que presente el Euribor a tres meses.

La STJUE de 30 de mayo de 2014 indica que "el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración



de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público".

La STS Sala 1ª, de 20 de enero de 2014 establece que "Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C- 604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

En la STS Sala 1ª, de 7 de julio de 2014 , al analizar el deber de información al cliente por parte del banco con anterioridad a la perfección del contrato, se afirma que "Según declaró esta Sala en la STS nº 840/2013 (STS del Pleno, de 20 de enero de 2014), la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 , en la que - aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como es el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento.

De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008)".

La citada STS Sala 1ª Pleno, de 18 de abril de 2013 -en la que se examinó el estándar de información exigible respecto a un negocio realizado antes de la transposición al Derecho nacional español de la Directiva MiFID-, declara que las normas reguladoras del mercado de valores ya exigían antes de la incorporación de esa Directiva un especial deber de información a las entidades financieras para actuar en ese ámbito (art. 79.1.e LMV en su redacción vigente cuando se concertó el contrato y RD 629/1993, de 3 de mayo), lo que después se reguló de modo más detallado en el artículo 79.bis LMNV con la transposición de dicha Directiva; por otra parte, como también se dijo en esa sentencia, la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva MiFID ha de ser tomada en consideración en la interpretación de las obligaciones de la entidad financiera aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (STJUE de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86)".



La parte recurrente alega la deficiente información ofrecida. Tal y como apunta la parte actora la intención inicial que guiaba a la misma al suscribir los denominados contratos de gestión de riesgos financieros era mitigar las subidas de los tipos de interés. En las Condiciones Particulares se reseña que se trata de un "producto de cobertura" y en las Condiciones Generales del contrato se establece en el exponendo I "Que el cliente por razón de su actividad mercantil se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión pretende optimizar. Para ello, y con el objeto de establecer un marco general que le permita gestionar la totalidad o una parte de ese riesgo financiero, el CLIENTE pretende firmar con el BANCO el presente CONTRATO MARCO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS". Por lo tanto parece que la voluntad que animó a la parte actora a concertar el contrato inicial era asegurarse que no se vería afectada por las subidas de los tipos de interés que podrían gravar su endeudamiento con distintas entidades bancarias.

No obstante, resulta necesario señalar otras estipulaciones contenidas en las Condiciones Generales del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros, y la propia parte actora aportó dicho documento respecto al primer contrato de 12 de julio de 2005; y así en el exponendo II se indica que "El Cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, de manera que, en caso de la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir o incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente en el presente contrato". Ciertamente en dicha estipulación no se hace referencia a la posibilidad de contraer deudas a consecuencia de las liquidaciones que se practiquen, sino tan solo a que se podría reducir o anular el beneficio económico esperado; sin embargo debemos tener en cuenta que en la cláusula 3 de las Condiciones Generales del contrato se indica que "El Producto de Gestión del Riesgo, implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones, que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente. En las Condiciones Particulares de cada Producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo. En cada una de dichas liquidaciones se producirá un intercambio consistente en un cargo por la parte a pagar por el cliente y un abono por la parte a pagar por el banco, de tal modo que el resultado neto será el que resulte de la aplicación de la fórmula de Gestión del Riesgo que se haya pactado en las correspondientes condiciones particulares". En la cláusula 6-2 se dispone que "Si el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto en una fecha no incluida entre las -ventanas de cancelación-, el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al Banco y que este podrá repercutirle". En la cláusula 7-2 se indica que "Por el presente contrato el cliente faculta al Banco para vender los valores representados por títulos o anotaciones en cuenta, propiedad del cliente que estén depositados en el Banco por cualquier título y aplicar el importe de la venta a la cancelación total o parcial de las posiciones deudoras derivadas de las operaciones que se regulan en el presente contrato" y en el párrafo 3 de la misma cláusula se dice que "En caso de incumplimiento de este contrato, se establece a favor del Banco un derecho de retención hasta el límite de la deuda". En las Condiciones Particulares de los contratos dentro del apartado "liquidaciones" se hace referencia a que dentro de cada período se producirá una única liquidación resultante del neto de dos conceptos: que el cliente paga y que el cliente recibe.

Todas las estipulaciones indicadas hacen referencia a la posible existencia de deuda del cliente frente a la entidad bancaria a consecuencia de las liquidaciones dimanantes del contrato, por lo que, y ante el reconocimiento expreso de tal circunstancia por la propia parte demandante, no cabe alegar un desconocimiento de la posibilidad de que se genere un saldo deudor.

No existe duda que existían riesgos y que la demandante era conocedora de tal hecho, tal y como resulta del apartado II del exponendo y de las cláusulas ya reseñadas de las Condiciones Generales del contrato. Ciertamente el contrato contenía una operación de riesgo, razón por la cual la entidad bancaria debe facilitar al cliente la totalidad de la información posible del producto ofertado y de un modo que sea plenamente comprensible por el cliente. Por lo tanto el onus probandi de la información ofrecida al cliente incumbe a la entidad bancaria.

En este sentido debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de



19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

En el presente caso los dos contratos se suscribieron antes de la publicación de la citada Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros.

No existe duda que los contratos suscritos constituyen supuestos de contrato de adhesión por cuanto el cliente no ha intervenido en forma alguna en la redacción de dichos documentos, los cuales han sido elaborados por la entidad bancaria. La parte recurrente alega que resulta exigible un nivel de diligencia mayor en la información suministrada cuando nos encontramos en relaciones entre un experto y una persona inexperta. Sin embargo cabe afirmar que no nos hallamos ante un **consumidor**, por lo que no cabe aplicar la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuyo art. 8-2 dispone que: "En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un **consumidor**, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios". El art. 3 de esta Ley disponía que "No tendrán la consideración de **consumidores** o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros", condiciones estas que, evidentemente, cumple la entidad actora, por lo que no cabe conferir a la misma el carácter de **consumidor**.

Al analizar la relación del defecto de información con la existencia de un error en el consentimiento la STS Sala 1ª de 21 de noviembre de 2012 afirma que "aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos", por lo que resulta preciso concretar el alcance de la información recibida.

TERCERO.- La parte recurrente alega que el demandante no conoció realmente la naturaleza y contenido del contrato, así como las obligaciones y riesgos que implicaba, discrepando de tal argumento la parte demandada. En la demanda se indica que el señor Alexis dio su conformidad a la firma del producto en base a las explicaciones que del mismo le dio el señor Amor Cabado. Debemos entonces analizar las declaraciones prestadas en el acto de la vista por los intervinientes en los contratos litigiosos con el fin de valorar el posible error en la valoración de la prueba denunciado. Así don Alexis manifestó que era la persona que en nombre de la empresa negociaba con los bancos y que fue don Lázaro el que le ofreció el producto en su oficina como un seguro ante el temor de una posible subida de los tipos de interés. Al explicarle el producto le dijeron que se podía cancelar en cualquier momento. Reconoce que no leyó el contrato antes de firmarlo porque tenía confianza en Lázaro y este le dijo que era un seguro, pero al ser interrogado en la vista del juicio entendió los términos del contrato contenidos en el apartado que recoge los porcentajes que el cliente paga y recibe. Reconoce asimismo que los documentos aportados con la demanda como nº 1 y 2 con las condiciones particulares se los dejaron en su oficina y que la empresa recibió liquidaciones trimestrales positivas durante varios trimestres antes de recibir las liquidaciones negativas. El testigo don Gregorio, persona que llevaba los impuestos y la contabilidad de la entidad actora, declara que en esta no hay expertos en productos financieros y que se enteró, después de haber sido firmados, de la existencia de los contratos de clips concertados. Al verlo se puso en contacto con Patricio de Bankinter que le dijo que era un producto para cubrir las oscilaciones del tipo de interés. El endeudamiento con Bankinter era una línea de descuento por 200.000 euros; no había operaciones de inversión, solo para cubrir las necesidades financieras de la empresa. El testigo don Lázaro fue quien comercializó los clips con la entidad actora siendo don Alexis la persona con la que contactó. Afirma que se reunió con él en las oficinas de la sociedad demandante al menos tres veces antes de firmar y le indicó que la finalidad era prevenir frente a las subidas de tipos de interés que iba a haber; le explicó y entregó documentación en la que constan ejemplos de simulaciones y se la dejó antes de firmar los contratos. Hizo explicación de cómo podía evolucionar en caso de que el Euríbor subiese o bajase 1 punto, le advirtió que había riesgo de pérdida y cree que con las explicaciones que le dio el señor Alexis entendió el producto antes de firmarlo; también le dijo que podía cancelarlo de forma anticipada y precisa que las cantidades por



las que se contrató el clip las fijó el cliente. Indica por último que don Alexis ya era cliente de Baninter antes de suscribir el producto, que le fue ofrecido por la entidad como un producto de la cartera del banco que cree que era necesario para la empresa. El testigo don Patricio intervino únicamente en la cancelación de los swaps y se otorgaron condiciones especiales para ayudarlo a desvincularse de los clips al ver que el Euribor seguía bajando y las liquidaciones podían ser aún más negativas. Se le concedió un préstamo a cuatro años para abonar la cancelación anticipada. Declara también, al igual que el otro testigo propuesto por la entidad demandada, que los importes de los contratos los fijan los clientes.

Por lo tanto, en base a las declaraciones reseñadas, se considera probado que el señor Lázaro explicó al señor Alexis las características del producto y que le facilitó información y documentación sobre el mismo antes de firmar los contratos, por lo que no hay duda entonces de que la parte actora pudo examinar detenidamente los citados documentos -lo que no acontece cuando se produce la exhibición del contrato en la oficina bancaria para recoger la firma del contratante en dicho instante- e incluso realizar las consultas que estimase pertinentes en relación con el mismo a personal de la demandada o a terceras personas, como el contable externo.

CUARTO.- Se aduce la existencia de vicio en la prestación del consentimiento, lo que se enlaza con la alegación de la defectuosa información precontractual recibida que debía ofrecer la entidad demandada. Como ya indicamos en nuestra sentencia de 29 de mayo de 2015 "la invocación de dolo atribuido a la entidad financiera, dada la previa alegación del error en el consentimiento, no puede entenderse como referencia autónoma sino en función del vicio que se dice padecido, en cuanto que actitud o maquinación de la demandada para inducir a error a quien representaba a la sociedad demandante en la contratación de la permuta financiera". No existe además dato alguno, nada al respecto se indica en el informe pericial elaborado por don Secundino, que permita sostener que en julio de 2005 e incluso en diciembre de 2006 existiese una previsión financiera por parte de la entidad bancaria demandada de la bajada de tipos de interés, de hecho las primeras liquidaciones negativas no se produjeron hasta el mes de marzo de 2009, por lo que no cabe tomar en consideración los resultados definitivos ofrecidos por el producto, sino que lo que cabe es analizar si en la contratación del mismo medió la información adecuada o si existió un consentimiento viciado por parte del cliente, tal y como se alega por la parte actora recurrente.

Respecto a los vicios de consentimiento el art. 1265 Cc dispone que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, y el art. 1266 Cc establece que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. La STS Sala 1ª, de 17 de febrero de 2005 indica que "ha de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (SS 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras)".

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2004 y de 12 noviembre 2012, que establece que "Dice la sentencia de 24 de enero de 2003 que, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de un error excusable, es decir, aquel que no se puede atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar al consentimiento, así lo entienden la sentencia de 14 y 18 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999, señalándose en el penúltima de las citadas que «la doctrina y la jurisprudencia, viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su no admisión, si éste recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia». con cita de otras varias, la sentencia de 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil y establece que «será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca del alguna de las condiciones que se le atribuyen y precisamente de la que de manera primordial y básica motivo la celebración del negocio atendida la finalidad de este y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia medida o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, a que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)". En la STS Sala 1ª de 15 de noviembre de 2012 se reitera que "el



error vicio, que se produce cuando se forma la voluntad del contratante sobre una presuposición inexacta, ha de ser, entre otros requisitos., excusable. Así lo exige la jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo, entre otras muchas -".

Como se señala en la STS Sala 1ª de 21 de noviembre de 2012 "es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses". En este caso el representante legal de la entidad actora consideró adecuada la contratación del producto a la vista de la información que se le facilitó, pero niega haber recibido cumplida información del producto contratado; sin embargo consta que se le facilitaron al menos los documentos informativos que se acompañan como documentos nº 1 y 2 de la demanda a las condiciones particulares de los contratos firmados. Asimismo resulta probada la existencia de varias reuniones entre los señores Lázaro y Alexis para informar sobre el producto previamente a la contratación del mismo. Nos encontramos aquí ante la contratación del producto financiero por parte de una empresa con unas 20 ó 30 personas, según indicó en la vista su representante legal, y como hemos declarado en la sentencia de esta sección de 29 de mayo de 2015 "No se olvide que cuando se trata de la contratación por parte de un empresario, en este caso, el administrador único de la sociedad, a diferencia de lo que ocurre cuando es un particular no comerciante quien contrata con el banco, le es exigible al primero una cuidadosa diligencia, la que corresponde a un ordenado empresario (art. 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Toda actitud que denote una claudicación de esos deberes propios de un ordenado y prudente comerciante, no puede ser admitida en quien gobierna una sociedad que lleva a cabo una relevante actividad empresarial. No es defendible que el administrador no sepa qué es lo que, en verdad, está contratando y la trascendencia y riesgos de las operaciones financieras que acomete y en las que compromete los intereses económicos de la sociedad de cuya gestión se encarga. Por otra parte, Ley del Mercado de Valores distingue entre clientes minoristas y profesionales de modo que el art. 79 bis pone mayor énfasis en los deberes de información cuando de los primeros se trata, lo que no puede obedecer sino a la circunstancia de que en el segundo presupone un mayor conocimiento por razón de su profesión".

Hay que tener en cuenta además que el administrador de la sociedad era quien personalmente llevaba las gestiones con bancos y entidades de crédito, por lo que cabe presumir un cierto desenvolvimiento y conocimiento de determinadas operaciones financieras, y ello con independencia de su concreta titulación académica y de las inversiones que efectúe a nivel particular. Se reconoce además que la sociedad disponía de personal para cuestiones de contabilidad y este, junto con cualquier otro asesoramiento profesional externo e independiente de la mera información que en cada momento le pudiesen facilitar las entidades bancarias, podía ayudarle a comprender y valorar la conveniencia de suscribir los contratos litigiosos. Por lo tanto el error que se denuncia es solamente imputable al demandante, que pudo fácilmente evitarlo antes de vincularse a través de los contratos concertados, solicitando, cual haría cualquier persona diligente, el oportuno consejo y aclaración antes de suscribirlos, de modo que debemos concluir que en este caso no concurre el presupuesto de excusabilidad del error.

En base a lo expuesto resulta procedente desestimar el recurso interpuesto por la parte demandante y confirmar en su integridad la sentencia dictada en la instancia.

QUINTO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394-1 y 398-1 LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación se impondrán las costas a la parte apelante, salvo que presentase serias dudas de hecho o de derecho.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Ana Pazo Irazu, en nombre y representación de la entidad "Enrique Cameselle Rodríguez, S.L.", contra la Sentencia de fecha 15 de enero de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vigo , confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en el recurso.

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



Al haberse desestimado el recurso de apelación interpuesto se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC , debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ