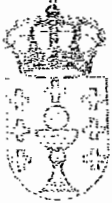




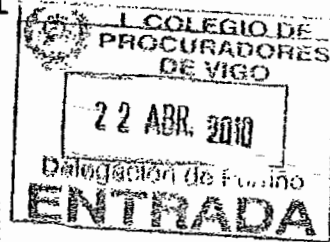
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1 PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00189/2010



Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 50/10  
Asunto: ORDINARIO 329/09  
Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NUM. 1 PORRIÑO

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA,  
COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS  
D. FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTÉBANEZ  
D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO  
D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

ES COPIA

SENTENCIA NUM.189

En Pontevedra a siete de abril de dos mil diez.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 329/09, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Porriño, a los que ha correspondido el Rollo núm. 50/10, en los que aparece como parte apelante-demandante: ROYAL TURISMO Y VIAJES MELYTOUR, no personada en esta alzada, y como parte apelado-demandado: BANKINTER, representado por el Procurador D. JOSE PORTELA LEIROS, y asistido por el Letrado D. JOSE OCAMPO MARTÍNEZ, sobre nulidad de contrato, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO, quien expresa el parecer de la Sala.

*MA del Abogado  
Juan José Pérez Barreiro*



(MBCR)

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Porriño, con fecha 2 noviembre 2009, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Se desestima la demanda interpuesta por "ROYAL TURISMO, SL" y "VIAJES MELITOUR, SL" contra "BANKINTER, SA".  
Se imponen las costas causadas a "ROYAL TURISMO SL" y "VIAJES MELITOUR, SL"."

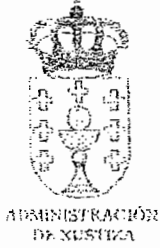
**SEGUNDO.**- Notificada dicha resolución a las partes, por Royal Turismo y Viajes Melytour se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día dieciocho de febrero para la deliberación de este recurso.

**TERCERO.**- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.**- En el presente proceso, en que por las dos sociedades mercantiles demandantes, dedicadas a la actividad empresarial del transporte de viajeros, se formula demanda contra la entidad bancaria "Bankinter SA" en pretensión de que se declare bien la nulidad bien la resolución de los contratos de gestión de riesgos financieros suscritos por aquéllos con dicha accionada, con base sustancialmente en la concurrencia de un vicio del consentimiento, frente a la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda recurren en apelación las entidades actoras, cuyo representante legal y firmante en su nombre de los contratos controvertidos resulta ser la misma persona.

**SEGUNDO.**- En el escrito de demanda, el vicio del consentimiento, ya por su prestación por error ya por dolo, se hace radicar en la falta de información bancaria acerca de la verdadera naturaleza jurídica de los contratos, en razón a tratarse de productos complejos que operan con derivados financieros de altísimo riesgo para los clientes suscriptores de los mismos.



En la resolución impugnada, la Juzgadora de instancia fundamenta su pronunciamiento desestimatorio en las siguientes sustanciales consideraciones de que en las entidades demandantes no concurre la condición de "consumidor" a los efectos de la aplicación de la normativa protectora de consumidores y usuarios, que también a efectos de la aplicación de la normativa de la Ley de Mercado de Valores cabe catalogar a las demandantes como clientes profesionales y no minoristas, no teniendo por ello la entidad bancaria que obtener información sobre los conocimientos y experiencia de las mismas, y que el representante legal de las demandantes no actuó con la diligencia media que le era exigible en la suscripción de los contratos, por lo que la pretensión de nulidad/resolución contractual debe ser desestimada.

**TERCERO.-** En su escrito de interposición de recurso de apelación, las entidades demandantes aducen una serie de alegaciones en pro del acogimiento de sus pedimentos que, de forma sintetizada, se pasan a exponer a continuación.

Así, se indica que, además del error como causa de nulidad contractual, también se alegó la inexistencia de información previa y coetánea a la contratación, el dolo en que incurrió la entidad bancaria al vender un producto como seguro de cobertura cuando era un derivado financiero de alto riesgo, la falta de causa de unos contratos que para nada eran adecuados para el perfil de las pymes recurrentes y la falta de reciprocidad entre los riesgos que asume cada parte contratante al ser prácticamente inexistentes para la entidad bancaria y enormes para las sociedades demandantes apelantes.

La información facilitada al representante de las demandantes acerca de la naturaleza de los contratos de litis fué prácticamente nula: 1) su suscripción se le impuso como condición para la firma del contrato de leasing al que supuestamente prestaba cobertura; 2) no fué solicitado por las actoras; 3) en ningún momento se les dejó folletos informativos ni se les pusieron ejemplos sobre las posibles consecuencias negativas de dichos productos, indicándoseles simplemente que eran unos seguros de cobertura por si subían los tipos de interés de los contratos supuestamente vinculados que tenían firmados con Bankinter; y 4) ni siquiera proporcionaron a las demandantes copias de los contratos tras su suscripción.

Siendo asimismo irrazonable su concertación desde el momento en que la mayor parte de los contratos de financiación de los demandantes se habían convenido a un interés fijo y no variable.

Por otro lado, en ningún caso puede entenderse que haya un equilibrio entre las contraprestaciones de ambas partes contratantes cuando una (la entidad bancaria) autolimita su riesgo, y no se limita de igual modo el riesgo para el cliente.

Concurren, pues, dos motivos por los que los contratos de litis han de considerarse radicalmente nulos: 1) por el vicio en el consentimiento, en atención al dolo empleado por la entidad bancaria y la inducción al error del representante de las demandantes en relación a la naturaleza jurídica, características, riesgos y consecuencias de estos contratos Clip Bankinter; y 2) por la falta de causa de los propios contratos, toda vez para nada eran adecuados para el perfil de las pymes apelantes ya que, aún en el hipotético caso de que esos contratos sirvieran para cubrir riesgos financieros a interés variable de las empresas con todos los bancos, para nada cubrirían la subida de tipos de interés de las financiaciones de las recurrentes debido a que la mayor parte de los contratos eran a interés fijo.

Nos encontramos ante unos productos financieros complejos, difíciles de entender para la mayoría de la gente. Que, por lo demás, están diseñados de tal forma que no cubren el riesgo de fluctuación de los tipos de interés.

En el momento de suscripción de los contratos estaba vigente la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

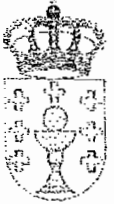
Las mercantiles apelantes se constituyen en su relación contractual con Bankinter como parte débil o consumidor de un producto o servicio financiero, siendo a todos los efectos el destinatario final del bien o servicio, no destinándose éste a su uso comercial, ni integrándolo en ningún proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Teniendo, por lo tanto, el carácter legal de consumidor. Siéndole plenamente de aplicación las disposiciones contenidas tanto en la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios como en la Ley 7/1998, de Condiciones Generales para la Contratación. Entre ellas, los arts. 10-1 c) y 10 bis-1 de la LGDCU, según las cuales las cláusulas generales deben cumplir con los requisitos de la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye las cláusulas abusivas, esto es, todas aquellas estipulaciones que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En cuanto a la valoración de la juzgadora acerca de la claridad, transparencia y sencillez de las cláusulas de los contratos litigiosos, hemos de decir que dichos contratos de swaps o permutas financieras han sido considerados por los expertos como contratos o productos complejos.

Asimismo, a tenor del contenido del art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores, resulta indudable el carácter de cliente minorista que cabe atribuir a las entidades demandantes, y, en consonancia con dicha consideración, habrá de reconocérsele la mayor protección que expresamente establece dicha ley.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Así, la entidad bancaria que preste servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, 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 convengan. 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.

Y nada de esto ha hecho Bankinter con las demandantes. Si nos fijamos en ambos contratos "Clip Bankinter", en sus condiciones particulares no aparece ningún cuadro con preguntas sobre la idoneidad y conveniencia de estos contratos para las actoras, ni siquiera se ha clasificado al cliente según su perfil como cliente minorista, por lo que toda esta normativa recogida en la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, ha de considerarse vulnerada a todos los efectos.

\* Ignorando completamente la sentencia de instancia el testimonio del único testigo directo que estaba presente en el momento de la explicación y firma de los contratos, doña Iria Domínguez, que viene a corroborar la tesis de las demandantes.

**CUARTO.-** Los contratos litigiosos suscritos entre las empresas demandantes y el Banco demandado, en los que son objeto de contratación diversas modalidades de un producto financiero denominado "Clip Bankinter", revisten las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como aquél 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.

Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es también resaltable característica de tal clase de contratos.

Si 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 (convenida 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, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole meramente especulativa.

Según la doctrina científica, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de 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.

En concreto, los contratos de litis vienen 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 cada tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco.

En el expositivo de las condiciones generales de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos se viene a recoger:

"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 gestión de riesgos financieros.

II.- 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 que 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 e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato".

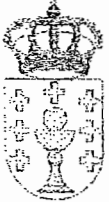
Estimando conveniente el reproducir como cláusulas de las condiciones generales de interés al caso sometido a enjuiciamiento, las siguientes:

"El presente contrato tiene por objeto fijar el marco de condiciones aplicables al conjunto de instrumentos financieros de gestión del riesgo (en adelante los Productos) que el Banco ofrecerá al cliente con la finalidad de que éste pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos financieros asumidos en sus operaciones comerciales.

3.- El Producto de Gestión del Riesgo implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones, que generan 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 único apunte en la cuenta de liquidación del cliente correspondiente al neto entre el cargo por la parte a pagar por el cliente y el 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.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

6.- Una vez firmadas las Condiciones particulares y transcurrido el Periodo de Comercialización, de tal modo que el Producto haya comenzado a desplegar sus efectos, el cliente podrá cancelar anticipadamente un Producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del Producto, denominadas ventanas de cancelación. En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente.

No obstante, 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 éste podrá repercutirle".

Por su parte, en las singulares condiciones particulares de cada uno de los contratos litigiosos, con especificación del nominal contratado, modalidad del producto financiero, fecha de inicio de efectos del producto, fecha de vencimiento del producto, se precisan también las fechas de las ventanas de cancelación anticipada del producto por el cliente, la periodicidad de las liquidaciones de intereses (de orden trimestral), y los diferentes tipos de intereses a satisfacer por el Banco y el cliente en los sucesivos periodos trimestrales de liquidación con utilización de un tipo de interés de referencia (Euribor 3 meses publicado a las 11 horas en la página de Reuters Euribor 01, dos días hábiles previos a la fecha de fijación), de obvia variabilidad, al tratarse de un índice de referencia publicado diariamente que indica el tipo de interés promedio al que las entidades financieras se prestan dinero en el mercado interbancario del euro.

En el apartado "ventanas de cancelación" de las condiciones particulares de los contratos litigiosos, tras especificarse en cada caso las fechas en que el cliente puede solicitar la cancelación anticipada del producto, se recoge que "Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas. Tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto".

A tenor de las estipulaciones del contrato se hace evidente que, en el juego de intercambio de prestaciones dinerarias entre las partes contratantes como consecuencia de la aplicación de los respectivos tipos de interés, un descenso del índice referencial del Euribor 3 meses (a cuyo pago se comprometió siempre la entidad bancaria demandada) por debajo del tipo de interés fijado para el cliente (que, a lo sumo a partir del tercer trimestre, en los supuestos más favorables, se establece en un porcentaje nunca inferior en un 0,40 ó 0,60 al aplicable al Banco), acarrea un resultado negativo para el cliente, que puede traducirse en importantes pérdidas para el mismo con ocasión de las correspondientes liquidaciones

trimestrales caso de una significativa bajada o desplome del índice del Euribor, al no derivar de ello una previsión de reducción de la base mínima del tipo de interés a cargo del cliente, que, cuando menos a partir del tercer trimestre, vino a determinarse en un 4,10% al 4,35%, en un 4,15% al 4,45%, o en 4,15%, según los diferentes contratos litigiosos.

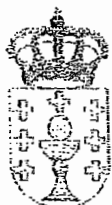
En el supuesto examinado nos encontramos con que tanto el contrato de gestión de riesgos financieros, de fecha 19-4-2007, suscrito por la entidad actora "Viajes Melitour SL", como el contrato de la misma clase, de fecha 7-5-2007, suscrito por la mercantil demandante "Royal Turismo SL", y objeto de posterior actualización en fecha 20-11-2008, dieron inicialmente, en sus liquidaciones trimestrales (a salvo las de fechas 16-5-2008 y 16-2-2009 relativas al producto Clip Bankinter 07 6.3, y de 26-2-2009 del producto Clip Actualizado Bankinter 07 6.3, contratados por la entidad "Royal Turismo SL") un resultado positivo para las clientes demandantes, que vino a oscilar entre los 252,78 euros y los 1705,39 euros a su favor, con un promedio trimestral de ganancias para "Viajes Melitour SL" y "Royal Turismo SL" de 741,81 euros y de 15,99 euros, respectivamente.

Empero, tras las liquidaciones trimestrales practicadas en los meses de enero y febrero del año 2009, el índice referencial Euribor sufrió un acusado descenso lo que determinó que la liquidación trimestral del Clip suscrito por "Viajes Melitour SL", de fecha 27-4-2009, al situarse el tipo de interés Euribor en el 2,254%, arrojase un resultado negativo para el cliente y a favor del Banco del orden de 10596,45 euros, y que asimismo la liquidación trimestral del Clip actualizado suscrito por "Royal Turismo SL", de fecha 26-5-2009, al situarse al tipo de interés euribor en el 1,858%, arrojase un resultado negativo para el cliente y a favor del Banco del orden de 5666,33 euros.

Por lo demás, teniendo en cuenta que las fechas de vencimiento de los productos Clip Bankinter son el 25-10-2010 (para el objeto de contratación por "Viajes Melitour SL") y el 26-5-2011 (para el objeto de contratación por "Royal Turismo SL"), de interesar a los demandantes la cancelación anticipada de los mismos a la vista de los perjuicios económicos que su mantenimiento les supone, ha venido a constatarse la comunicación por la entidad bancaria demandada de un precio de cancelación orientativo del orden de 87234,14 euros a cargar en la cuenta del cliente para el Clip de "Viajes Melitour SL" y de 46881,53 euros para el Clip de "Royal Turismo SL" (folios 201 a 206 de los autos).

**QUINTO.-** En su relación contractual con el Banco demandado, las entidades demandantes sostienen ostentar la condición legal de "consumidor", lo que les otorgaría un mayor grado de protección que el que se dispensa normalmente a cualquier persona en el ámbito de la concertación de un negocio jurídico.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIAADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Si bien las actoras mantienen que la suscripción de los "Clips Bankinter" les fué impuesta como condición para la firma por el Banco de un contrato de arrendamiento financiero o leasing, las circunstancias de que la fecha de inicio del expediente para la formalización de este último negocio sea posterior a la contratación de aquéllos, que uno de los clip haya sido suscrito por una de las entidades demandantes ("Royal Turismo SL") a quién no afecta el contrato de leasing, en el que la arrendataria financiera resulta ser "Viajes Melitour SL", y que el nominal de los productos de cobertura "Clip Bankinter" sobre los que ha de aplicarse los diferentes tipos de intereses previstos para cada una de las partes contratantes (dos millones de euros para el suscrito por "Viajes Melitour SL" y un millón de euros para el suscrito por "Royal Turismo SL") para nada guardan relación con el importe total a que ascienden las cuotas del leasing (213569,16 euros) y, por el contrario, significativamente presenten similitud con las cifras de endeudamiento bancario de ambas sociedades, según datos obtenidos del CIRBE (Central de Información de Riesgos del Banco de España), del orden de 2263000 euros para el caso de "Viajes Melitour SL", y de 957000 euros para el caso de "Royal Turismo SL" (folios 169 y 170 de los autos), nos lleva al convencimiento de que la finalidad de los contratos litigiosos fué la de prestar cobertura al riesgo de una subida de los tipos de interés en la financiación pendiente de amortización con las entidades bancarias.

A la vista de la fecha de concertación de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, de 19-4-2007 y 7-5-2007 (éste objeto de posterior actualización), al supuesto examinado le sería de aplicación la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente derogada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

En relación a la concepción de la figura de consumidor, la STS de fecha 15-12-2005 viene a señalar que el artículo 1 apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quién demanda frente a quién formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Excluyendo de la consideración de consumidores a quienes se sirven de tales prestaciones para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18-6-1999, 16-10-2000, 28-2-2002, 29-12-2003 y 21-9-2004).

Dado que las demandantes son sociedades limitadas cuyo objeto es una actividad netamente mercantil y los servicios de financiación prestados lo son obviamente en beneficio de su actividad, no cabe atribuir a las mismas la consideración legal de "consumidor", careciendo, por lo tanto, del amparo de los derechos concedidos en la normativa protectora de las personas en quienes concurre dicha condición.

Siendo, pues, de todo punto acogible la reflexión realizada por la demandada-apelada con ocasión de defender la falta del carácter de "consumidor" en las actoras apelantes, al indicar en su escrito de oposición al recurso de apelación que "resulta claro que los contratos de gestión de riesgos financieros fueron concertados dentro del ámbito de la actividad empresarial de las sociedades demandantes como parte del sistema financiero que se inserta en el proceso de producción o prestación de los servicios que realizan las actoras".

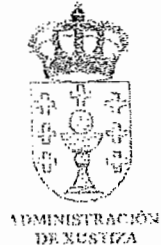
Por lo demás, de aplicarse la nueva normativa sobre defensa de consumidores y usuarios, recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, la no concurrencia en las demandantes de la condición de "consumidor" se ofrecería aún más evidente, al pasar de identificarse al consumidor o usuario como destinatario final de los bienes o servicios a conceptuar como tal a toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

**SEXTO.**- La, en definitiva, no concurrencia en las entidades demandantes de la condición legal de "consumidor", empero no excluye la procedencia de un singular amparo de las mismas en su contratación, como clientes, con el Banco demandado con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación.

Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Sin que tampoco sea dable el olvidar que en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés (cuál los



litigiosos), con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, más de aplicación al caso- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

**SÉPTIMO.-** Atendiendo a la antecedente normativa protectora de pertinente aplicación a la relación contractual de las clientes demandantes con el Banco demandado, el siguiente paso es analizar si pudo haber sido vulnerada en el supuesto contemplado.

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 probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia AP Valencia, de fecha 26-4-2006).

De una valoración en conjunto de la prueba practicada en los autos cabe llegar a la conclusión de que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos

financieros complejos y de alto riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características de los mismos fué harto deficitaria, por no decir prácticamente nula, pudiendo incluso en algún aspecto importante alcanzar a ser hasta equívoca.

Por lo de pronto, ambas partes litigantes coinciden en que las explicaciones sobre los productos financieros y la firma de los contratos tuvieron lugar en las instalaciones de las empresas demandantes, a donde a tales efectos se desplazó una empleada de la entidad bancaria demandada, de nombre Arancha, que curiosamente no llega a deponer como testigo en los autos.

En la resolución apelada, la Juzgadora reprocha a la parte actora que en el acto del juicio hubiera terminado por renunciar al testimonio de la referida testigo, cuando lo censurable es que el Banco demandado no hubiese propuesto de "motu proprio" su declaración, procediendo éste que no alcanza a tener otra explicación razonable que no sea la convicción de que la deposición en juicio de dicha testigo no iba a resultarle precisamente favorable.

Pudiendo contarse, en cambio, con el testimonio de la testigo Iria Domínguez Posada, empleada de la demandante "Royal Turismo SL", quién manifestó haber estado presente cuando Arancha se desplazó a la sede de la empresa a ofrecer los clips y el representante de las demandantes los suscribió, declarando que apenas hubo explicaciones y que Arancha les indicó que los productos contratados no generaban ningún riesgo para el cliente.

Por lo demás, en relación a la oportuna información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero de la índole de los litigiosos, de las Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, de fechas 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009, adjuntadas a los autos, cabe extraer, entre otras, las siguientes consideraciones:

1.- El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.

2.- Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

3.- Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.



4.- Entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento.

Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

5.- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera.

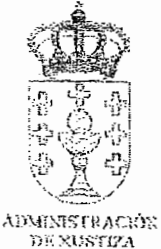
En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euríbor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión.

**OCTAVO.**— Por lo que respecta a la influencia de la falta de información por parte del Banco demandado acerca de las características de los productos financieros ofrecidos y suscritos por las demandantes en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento en éstas últimas determinante de una situación de nulidad contractual, sirven muy bien como introducción al tema las consideraciones realizadas en la sentencia del JPI num. 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, con ocasión de la resolución de un caso similar al aquí planteado, del siguiente tenor: "La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en éste ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

En el caso objeto aquí de enjuiciamiento, las demandantes sostienen, fundamentalmente, no haber sido informadas de las características de los clips Bankinter por las mismas contratados, al tratarse de productos financieros complejos y de alto riesgo, por cuanto una variación, a la baja, de los tipos de interés durante el período de su vigencia les podría deparar unas pérdidas elevadas, cuál en la práctica así se vino a producir, y en donde las previsiones en torno a la evolución de los mercados financieros carecen de la conveniente nota de seguridad.



Según el art. 1266 CC, para que el error invalide el consentimiento el mismo debe 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.

En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio. Requiriéndose, además, que sea excusable, esto es, no imputable a quién lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quién ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (en tal sentido, SSTs, de fechas 3-3-1994, 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006).

Pues bien, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba por lo demás obligado a proporcionar, acerca de las características de los productos clips Bankinter suscritos por las demandantes -en quienes concurriría la condición de clientes minoristas, a tenor de la reformada normativa de la Ley de Mercado de Valores por Ley 47/2007, de 19 de diciembre- así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, al punto de concretarse en los términos que se han dejado expuestos en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en las demandantes sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

Siendo especialmente resaltable la desinformación, incluso tras una detenida lectura de las cláusulas de los contratos litigiosos, acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes (al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad -precio de cancelación- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada), de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1300 y siguientes del CC, procede declarar la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes del modo indicado en la parte dispositiva de la presente resolución, lo que comporta el acogimiento sustancial de la demanda y consiguiente estimación del recurso de apelación interpuesto por las entidades actoras.

**NOVENO.-** Dada la estimación sustancial de la demanda, que conlleva la estimación del recurso de apelación, las costas procesales de la primera instancia se imponen a la entidad bancaria demandada, sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada (arts. 394-1 y 398-2 LEC).

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

**FALLAMOS**

Se estima el recurso de apelación y se revoca la sentencia de instancia impugnada y, en consecuencia, se declara la nulidad del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros "Clip Bankinter 07 5.3", suscrito entre "Viajes Melytour SL" y Bankinter con fecha 19 de abril de 2007, así como también del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros "Clip Bankinter 07 6.3" suscrito entre "Royal Turismo SL" y Bankinter con fecha 7 de mayo de 2007 y actualizado en fecha 20 de noviembre de 2008, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones trimestrales ya producidas y que se pudieren llegar a practicar hasta la ejecución de sentencia conforme a las especificaciones de los contratos de litis que se declaran nulos; todo ello con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales de la primera instancia y sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada.

Procédase a la devolución del depósito consignado en su caso.

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

ES COPIA