

Roj: SAP PO 972/2011
Id Cendoj: 36038370012011100209
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Pontevedra
Sección: 1
Nº de Recurso: 867/2010
Nº de Resolución: 205/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00205/2011

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 867/10

Asunto: ORDINARIO 950/09

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 4 DE PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS

MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.205

En Pontevedra a catorce de abril de dos mil once.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 950/09, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm., en los que aparece como parte apelante-demandante: representado por el procurador D. LUIS RAMON VALDÉS ALBILLO y asistido por el Letrado D. EVARISTO MONTOYA IGLESIAS, y como parte apelado- demandado: BANKINTER, representado por el Procurador D. JOSE PORTELA LEIROS, y asistido por el Letrado D. JOSE MANUEL OCAMPO MARTÍNEZ, sobre nulidad contractual, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**, quien expresa el parecer de la

Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pontevedra, con fecha 26 abril 2010, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador de los Tribunales en nombre y representación de la entidad " SL", absolviendo a la demandada de los pedimentos que le afectaban, con imposición de las costas del pleito a la actora."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por 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 siete de abril 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 la mercantil demandante, dedicada a una actividad empresarial ajena al mercado financiero, y también su administrador D. Juan Antonio actuando en nombre propio, 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 recurre en apelación la parte actora, reiterando la declaración de nulidad y los correspondientes efectos ya interesados en primera instancia.

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, esencialmente, en que tales contratos no contienen cláusulas oscuras, resultando evidente la finalidad del mismo atendiendo a las mismas, habiendo sido contratado anteriormente el mismo producto, no existiendo queja cuando las liquidaciones eran favorables. De igual modo considera no acreditado el desconocimiento que del funcionamiento de estos contratos conocidos como "clips" (swaps en terminología anglosajona), entendiéndose que el consentimiento se prestó sin que existiera defecto de información ni de conocimiento sobre su objeto.

TERCERO.- En su escrito de interposición de recurso de apelación se 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.

Ante un supuesto sino idéntico, sí similar entre otras empresas y la misma entidad bancaria demandada se ha pronunciado esta Sala en sentencia de fecha 7 abril 2010, sirviendo sus fundamentos para asumir la pretensión revocatoria de la parte demandante. Los contratos cuya nulidad se insta son prácticamente idénticos a los examinados en la sentencia

Ya señalamos en la citada sentencia, que será de continua referencia, que 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. Decíamos en aquella que:

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.

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 la demandante. 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 el cliente, 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.

Como se desprende de las declaraciones testificales prestadas en el acto del juicio, ni siquiera se entendió la parte demandada directamente con el representante legal de la actora sino con una empleada del mismo cuya cualificación profesional es de "administrativa", la cual carece de conocimientos suficientes, a pesar de ser diplomada en empresariales, para comprender la complejidad de los contratos, sin que recibiera una explicación completa, y real del tipo de producto y sus riesgos, limitándose el representante de la actora a la firma de los contratos en la creencia de que era una especie de seguro para evitar las fluctuaciones de intereses variables. Actuaciones que se llevaron a cabo en la oficina de la propia parte apelante, a la que acudían los empleados de la parte demandada a ofrecer este tipo de productos con explicaciones que, más bien, los convertían en una especie de seguro frente a las subidas de tipos, y de fácil y no costosa cancelación.

CUARTO.- Los contratos litigiosos suscritos entre las partes, 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.

Como señala la reciente sentencia de la AP Álava, de 18 enero 2001 , haciendo un repaso sobre la naturaleza jurídica de estos contratos en la jurisprudencia menor:

"En la doctrina de la Audiencias destaca la SAP Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010), luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc. 7ª de esta misma Audiencia, y sistemáticamente citada por otras Audiencias que la han seguido posteriormente.

*Dice su Fundamento Jurídico 3º que "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de **permuta** de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura **financiera** de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes".*

Las SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010 , SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, ROJ SAP Z 2416/2010, subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan. Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010 , dice que "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima(art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

Esta misma Audiencia, en su SAP 143/2009 Álava (Secc. 1ª) de 7 de abril de 2009 , ha analizado otros contratos bancarios de intercambio de intereses (CLIP de interés) ofrecidos a clientes con la excusa de asegurarles ciertas garantías, en aquél caso por cambio de divisas. Tal resolución mostraba la perplejidad de un contrato en el que, por mucho que se analizaran sus cláusulas, ninguna ventaja se apreciaba para el cliente, incumpliendo por lo tanto el elemental principio de justo equilibrio de las prestaciones que debe caracterizar los contratos bilaterales.

Visto todo lo indicado hasta aquí puede concluirse que esta clase de contrato no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad. Desde esta naturaleza jurídica habrá que resolver la cuestión principal."

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

"I.- Que el cliente 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.

6.- Una vez firmadas las Condiciones particulares y transcurrido el Período 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 períodos 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".

Como decíamos en nuestra sentencia de 7 abril 2010 , 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 el supuesto de aquella sentencia) en un 4,10% al 4,35%, en un 4,15% al 4,45%, o en 4,15%, según los diferentes contratos litigiosos.

QUINTO.- En su relación contractual con el Banco demandado, el administrador en cuanto contrata también el producto en nombre propio, ostenta la condición legal de "consumidor", lo que le otorga un mayor grado de protección que el que se dispensa normalmente a cualquier persona en el ámbito de la concertación de un negocio jurídico. En el supuesto de la sociedad mercantil que también representa, la situación es diferente.

A la vista de la fecha de concertación de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, de 14 diciembre 2006, 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*.

Señalamos en nuestra sentencia de 1 abril 2010 que *en relación a la conceptualización 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 conceptualizar 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.- Pero continua la meritada sentencia que *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, mas 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, añadiendo respecto de la persona física del administrador la mayor protección del derecho de consumo, 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 fue harto deficitaria, por no decir prácticamente nula, pudiendo incluso en algún aspecto importante alcanzar a ser hasta equívoca, tal y como ya se dijo al valorar la prueba practicada en el acto de la vista.

Por lo demás, como señalamos en nuestra sentencia de 7 abril 2010, 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, concedora 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 ya realizada en la sentencia de 7 abril 2010 - 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 los 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.- Siguiendo lo ya dicho en nuestra anterior sentencia, *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 los 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 concedor 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 los demandantes -en quiénes 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 dejando 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 de los Contratos de Gestión de Riesgos Financieros de fechas 14 diciembre 2006 "Clip Bankinter 06- 14.3",y "Clip Bankinter extra 08-2", suscritos por D. Juan Antonio en nombre propio y en su calidad de representante legal de S.L. con BANKINTER S.A., 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.