



Roj: SAP PO 502/2012  
Id Cendoj: 36057370062012100205  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Vigo  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 3249/2010  
Nº de Resolución: 217/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: MAGDALENA FERNANDEZ SOTO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00217/2012**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N01250

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

**2256B700**

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36038 37 1 2010 0600675

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0003249 /2010 -A**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de VIGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000841 /2009

Apelante: BANKINTER S.A.

Procurador: ROSA DE LIS FERNANDEZ

Apelado: SERVIPUNXIN S.L.

Procurador: FATIMA PORTABALES BARROS

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados D. JAIME CARRERA IBARZABAL, Presidente; D<sup>a</sup> MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y D. MIGUEL MELERO TEJERINA, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

**SENTENCIA núm. 217/12**

En Vigo, a veintidós de marzo de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, sede Vigo, los autos de JUICIO ORDINARIO 841/09, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 3249/2010, es parte **apelante - ddo.** : BANKINTER S.A., representado por el procurador D<sup>a</sup> ROSA DE LIS FERNANDEZ y asistido del letrado D. FERNANDO TALLÓN; y, **apelado-dte** .: SERVIPUNXIN S.L., representados por el procurador D<sup>a</sup> FATIMA PORTABALES BARROS, y asistido del letrado D. JUAN JOSE PEREZ BARREIRO.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> **MAGDALENA FERNANDEZ SOTO** , quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Vigo, con fecha 26 de Marzo de 2010, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fátima Portabales en la representación de SERVIPUNXIN, S.L. contra BANKINTER, S.A. representada por la Procuradora Sra. Rosa de Lis debo declarar y declaro la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros "Clip Bankinter Flexiplus 4" suscrito entre SERVIPUNXIN, SL y BANKINTER con fecha de 15 de abril de 2008 condenando a la demandada a pagar a SERVIPUNXIN la cantidad de 82,23#, intereses y costas."

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, por el Procurador Dª ROSA DE LIS FERNANDEZ, en nombre y representación de BANKINTER S.A., se preparó y formalizó 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 presentes actuaciones a la Audiencia Provincial de Pontevedra, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Sexta, sede Vigo, señalándose para la deliberación del presente recurso el día 15 de Diciembre de 2011.

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

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO .-** La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda y, en concreto, la pretensión de declarar la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros "Clip Bankinter Flexiplus 4", suscrito el 15 de abril 2008 por la demandante, Servipunxin, S.A., con la demandada Bankinter, S.A., por haber existido en su formación el error como vicio del consentimiento, condenando, además, a la demandada, a pagar a la actora la suma de 82,23 euros, intereses y costas.

La juzgadora, en base a la prueba practicada, sustenta, en síntesis, su resolución en lo siguiente: 1) La demandada no informó a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato, tampoco del alto riesgo del producto, que, por su propia naturaleza, entraña operaciones complejas, no tanto por las reglas de cálculo a aplicar, sino por las variables que inciden en las mismas, y ello aun cuando el propio Bankinter refleja en el contrato que reconoce a la actora como una empresa minorista, sin experiencia en la contratación de productos de este tipo; 2) El Banco propició un producto poco acorde con las características del cliente y ello por la nula utilidad del Swap para la actora, como lo demuestra que el nominal del contrato es muy superior al nivel de endeudamiento de la actora, hasta el punto que la demandada no acredita que el nominal del producto contratado se correspondiera con la cuantía de los créditos contraídos con terceros por la actora, y mucho menos que ésta eligiese libremente esa cuantía, a pesar de que se trataba de un dato esencial ya que habría de servir como valor de referencia para calcular las liquidaciones periódicas correspondientes; 3) La ausencia de vinculación, respecto al contrato de crédito firmado el 14 de abril 2008 y a los riesgos generales de la empresa accionante, unido a la elevada cuantía del nominal contratado, evidencian el carácter especulativo de la operación y; 4) En el último fundamento se concluye apreciando error excusable, en base a lo anterior y, en concreto, por estimar acreditado que a la demandante no se le facilitó por la entidad demandada la información necesaria que podría alertarle del error, y ello por cuanto no sólo cabe presumir que aquella no tuvo un conocimiento preciso de las características del contrato y su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y riesgo que asumió, sino, además, porque de la lectura de las cláusulas y condiciones contractuales no se puede inferir tal conocimiento, como lo demuestra el hecho de que en el contrato no se especifica debidamente el riesgo al que alude, así se refiere a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés que el cliente no tenía porque conocer y tampoco consta que le fueran explicados, se hace constar contractualmente que en el caso de que la evolución de los tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados (que no se especifica) se puede reducir o incluso anular el beneficio esperado por el cliente, pero no se precisa la posibilidad de pérdidas y menos en la entidad en que se llegaron a producir.

**SEGUNDO.-** Comienza la apelante su discurso impugnatorio alegando que no es aceptable que la demandante pretenda asimilar el contrato de Gestión de Riesgos Financieros con un seguro y, menos, que su representada se lo ofertó como tal.

En la demanda se hacía expresa referencia a que el empleado de la entidad demandada ofertó el contrato litigioso como un "seguro de cobertura de interés", en tanto que cubría las subidas de los tipos de interés, y de hecho su representada lo contrató como un seguro que cubría la contingencia de una posible

subida de los tipos de interés. Aun cuando sobre la cuestión nada se expresa de forma directa en la sentencia y, desde luego, no es motivo del fallo decisorio, la cuestión merece una respuesta, pues no sólo son numerosas las sentencias que, dando la razón al cliente contratante de una Swap, reconocen que realmente éste pensó estar suscribiendo un seguro que le iba a proteger frente al riesgo de subida de los tipos de interés ( SAP Jaén de 27 de marzo de 2009 y Álava), sino que en el curso del interrogatorio a que fue sometida en el acto del juicio la representante legal de la accionante, que jugó un papel protagonista en la contratación, manifestó que el empleado del Banco le explicó que era un "seguro", que "era un producto muy bueno", "un seguro para los tipos de interés".

Pues bien, que la mencionada tuviera en mente la celebración de un contrato de seguro, es decir que estimase que el contrato celebrado tenía una naturaleza totalmente diversa como consecuencia de la defectuosa información proporcionada, no es descabellado, sino que es una consecuencia más de las defectuosas informaciones que le fue proporcionada y que, correctamente, se afirma en la sentencia apelada.

Desde luego el Swap no es ningún contrato de seguro porque entre otras cosas falta el pago de la prima. Sin embargo, el Swap tiene en común con el contrato de seguro, no precisamente el efecto de garantía, sino su carácter aleatorio, que en el contrato de seguro es el riesgo de que el siniestro se produzca, y en el Swap de intereses que el interés que paga el banco suba o baje en relación con el interés fijo que paga el cliente. Es decir, es precisamente aquello que se rechaza del Swap, que es su carácter aleatorio, en lo que Swap y contrato de seguro se parecen, y no tanto en asegurar el pago de un determinado interés. En cualquier caso hace falta ser un entendido, y la representante legal de la entidad actora no lo era (realizó estudios de ingeniería industrial, sin llegar a presentar el proyecto), para saber que el Swap no es ningún contrato de seguro que proteja frente a las variaciones de los tipos de interés, por lo que por esta vía también detectamos error en la elección del contrato.

En efecto, en la publicidad del producto que ofertaba Bankinter y bajo la interrogante de lo que ofrecía se vertían expresiones como las siguientes: un Seguro (en mayúscula) que proteja del coste de financiación frente a posibles subidas de los tipos de interés, no instrumentos especulativos, una alternativa de cobertura para el endeudamiento a tipo de interés variable, producto de cobertura genérica para todo o parte del endeudamiento. También el empleado del Banco demandado, Don Eusebio, que ofertó y captó la contratación del producto, se refirió en el curso de la declaración que prestó en juicio, varias veces, a "cobertura de tipo de interés" con ocasión de explicar el tipo de información ofrecida a la cliente y el funcionamiento del producto. Expresión, la de "cobertura" que se utiliza en numerosas ocasiones en la escasa información precontractual y nunca en las condiciones generales y particulares del contrato denominado "Gestión de Riesgos Financieros"

En línea con lo alegado en la demanda la representante legal de la actora, también, sostuvo en juicio que entendió que lo que contrataba era un producto que le aseguraba frente a la subida del Euribor en relación con la póliza de crédito "Multilínea Bankinter" que había concertado también con la demandada un día antes por un importe de 100.000 euros, de la que había dispuesto 20.000 euros, es decir, algo que le otorgaba cobertura y le ponía a salvo de las variaciones al alza del tipo de referencia cuya aplicación se había pactado en esa póliza, en definitiva, que incurrió en un error al prestar su consentimiento cuando, sin saber exactamente lo que contrataba, pues no fue adecuadamente informada sobre ello, y pretendiendo asegurar la póliza de crédito, se encontró inmersa en un producto de alto riesgo financiero, de hecho cuando recibió la primera liquidación (positiva) se puso en contacto con el banco, diciendo que quería cancelar el producto y le dieron largas, advirtiéndole poco después que el producto había tenido y continuaría teniendo hasta su cancelación - dada la evolución del tipo de interés-, un efecto negativo muy perjudicial para el patrimonio de la entidad que representa, sin que la cancelación del producto constituya una alternativa, dados sus elevados costes, de los que tampoco había sido informada; llegando incluso a plantearse, erróneamente, que si tenía que devolver el importe nominal (400.000 euros), no podía hacerlo. Esto prueba que la cliente desconocía hasta ese momento el tipo de contrato estipulado, dado que hasta que le liquidan intereses no empieza a ser consciente de la trascendencia de lo contratado.

Lo expuesto, es decir la documentada publicidad del producto así como lo actuado en juicio, nos permite sostener que la demandada ofreció a la actora un producto financiero como un contrato de seguro de interés fijo y ello con ocasión de la suscripción de una póliza de crédito (Multilínea Bankinter), para lo cual se aprovechó que la cliente no tenía los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto contratado, un contrato de Gestión de Riesgos Financieros, como lo prueba el hecho de que en el recuadro obrante al final de las Condiciones Particulares, aparezca que se omitió absolutamente la declaración de la cliente referida a que conocía las características del producto y entendía el riesgo que asumía con su

contratación, constando, por el contrario, que la cliente declaraba NO tener experiencia en la contratación de productos de esta naturaleza en los últimos años.

Lo anterior evidencia que la demandada soslayó la normativa que le impone asegurarse de que el cliente comprendía la información facilitada en orden al producto suscrito y que éste se adecuaba a su perfil. En este sentido, partiendo de la aplicación al caso de la normativa contenida en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo art. 2 se refiere precisamente a los "contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo", nos encontramos que, de acuerdo con el art. 79 bis.7 LMV, las entidades deben llevar a cabo los test de conveniencia e idoneidad de los art. 73 y 74 del RD 217/2008, de 15 de febrero, con la finalidad de adecuar el producto financiero al perfil del cliente. A estos efectos, el primer precepto señala que "a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 LMV, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional". Estableciendo el art. 74 que "a los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes. 2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio. 3. Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta".

En conclusión, siendo de aplicación al caso las prescripciones legales contenidas en la LMV (art. 2), por tratarse de una permuta financiera, la complejidad de la misma impone la obligación del test de conveniencia, pues el art. 79 bis.8 LMV establece que no puede considerarse un producto no complejo, los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de la misma ley, ocurriendo en el caso que no sólo se cumplimentó parcialmente, sino que en la parte cumplimentada, únicamente, se recogió que el cliente declara NO tener experiencias en la contratación de productos de esta naturaleza en los últimos años, lo que implica que el producto ni siquiera se adecuaba al perfil de la demandante, si a ello añadimos que no existen otros instrumentos que reflejen el cumplimiento de esa obligación, llegamos a la conclusión de que el empleado de Bankinter no se cercioró de que el contrato de Gestión de Riesgos Financieros era el conveniente para la cliente, dada su falta de experiencia y sus conocimientos, y tampoco de que había comprendido los riesgos de su contratación, es decir que no efectuó la evaluación de conveniencia para determinar la adecuación de la operación a la actora (empresa minorista del sector del transporte, ajena al sector financiero, cuyos contratos, según lo acreditado en el proceso, se ciñen a leasing, créditos y préstamos), sino que directamente instó la perfección del contrato y el test de conveniencia (en la forma señalada), incumplimiento que, en cuanto que implica la ausencia de conocimiento de causa que la ley exige para tomar la decisión de contratar, produce un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender la suscriptora la causa del negocio. En definitiva, de lo expuesto se atisba un escenario en el que el Bankinter ha vendido a una cliente dedicada al sector del transporte y servicios y, como ya apuntamos, no especializada en mercados de inversión o en el ámbito económico financiero, un producto para asegurar riesgos derivados de los movimientos de mercado en relación a su supuesto margen de endeudamiento, sin advertir la posibilidad de pérdidas importantes.

**TERCERO.-** Manifiesta el apelante que no se puede aceptar que la sentencia base el error en la imposibilidad del cliente de conocer que el contrato podía generar beneficios y también pérdidas, para a continuación explicar las razones de la suscripción de este tipo de contratos, a saber, que el Euribor se encontraba a la fecha de suscripción del contrato, 14 de abril 2008, en un 4,76% y llevaba casi dos años de marcada tendencia al alza, hasta el punto que ya desde el año 2.005 todo parecía indicar que continuaría subiendo y se estabilizaría en una banda de entre 5 y 6 puntos, lo que nadie previa en abril 2008 era una

vertiginosa bajada, que llegó de un 5% a 1% en un solo trimestre y medio. La tendencia alcista provocó una preocupación de los intervinientes en el mercado que habían concertado préstamos a un tipo de interés variable, porque la subida de tipos podía encarecer el servicio financiero de deuda, tanto que el legislador (RDL 2/2003 de 25 de abril, de medidas de reforma económica indicaba en su art. 19.2 la obligación de ofrecer un instrumento de cobertura de riesgo de incremento de tipo de interés) quiso que las entidades pusieran a disposición de los prestatarios de hipotecas instrumentos adecuados para la cobertura de riesgos, de ahí que no se trate de un producto de alto riesgo y especulativo, es más el Banco de España y la CNMV han establecido que cuando los contratos de permuta de tipo de interés están vinculados, como es el caso, a un contrato de financiación no nos encontramos ante un producto de inversión y, por lo tanto, especulativo, sino ante un producto "con el objeto de minorar los riesgos de fluctuación de tipos de interés" que queda bajo la supervisión del Banco de España, ocurriendo que la demandante tenía a la fecha de contratación del producto, además de una línea de crédito por valor de 100.000 euros, financiación por valor de 299.000 euros con otras entidades, de manera que las afirmaciones de la demandante que de Bankinter no asumía riesgo alguno porque sabía que el Euribor no iba a superar el 4,45% carecen de fundamento, el riesgo asumido por su representada podía llegar a ser tremendamente alto, sin ningún tipo de limitación, pues la evolución de los tipos de interés en el momento de contratación era al alza. No tiene el apelante duda de que de haberse mantenido los tipos de interés por encima del 4,45% la demandante habría entendido perfectamente el tipo de contrato y su consentimiento no estaría viciado, cuando la tendencia esperada cambió, surgió el vicio de consentimiento, de ahí que la validez del consentimiento no puede analizarse a la luz de hechos posteriores, sino con los datos que las partes conocían al firmar, ya que, insiste, se trata de un producto idóneo para protegerse frente a las posibles subidas de tipos de interés.

Como ya expusimos en el fundamento precedente, la experiencia financiera y los conocimientos de este sector de la representante de la actora, eran, sino nulos, al menos muy limitados, y, desde luego en ese contexto, no consta se le explicase que contrataba un producto con un riesgo importante cuando la tendencia de la fijación de los tipos de interés fuera la inversa, esto es, se produjese la bajada de los tipos de interés. Tendencia, que a los pocos meses, poco más de cinco desde la suscripción del Contrato de Gestión Financiera, se materializó, hasta caer en bajadas históricas de los tipos de interés, con los efectos perjudiciales que todos conocemos.

El deber de información impuesto a las entidades del tipo de la demandada les obliga a informar al cliente de las condiciones y características inherentes al producto contratado, así como de la situación del mercado a partir del momento de la contratación. Solo esta información permitirá al cliente decidir con conocimiento de causa sobre la contratación, pudiendo realizar una representación de los riesgos asumidos. Como también expusimos, la entidad bancaria debe, en primer lugar, dar a su cliente la información adecuada sobre la naturaleza y contenido de los productos que contrata, adaptándola además a sus conocimientos, y, asimismo, debe advertirle de los riesgos de forma clara y comprensible, haciendo expresa referencia a la posible evolución a la baja de los tipos de interés a medio plazo, al menos con carácter general, y de sus efectos sobre el contrato. De esta tendencia no se informó, sin embargo, en ningún caso a la cliente, y la entidad no puede alegar el desconocimiento absoluto de la tendencia a la baja, dado que la diligencia a ella exigible le imponía, sino el conocimiento de esta situación, al menos el suministro de información sobre la coyuntura económica y la evolución del mercado de capitales. Pero es que ni tan siquiera se realiza en el contrato una comparativa de las posibles evoluciones de los índices de referencia al alza o a la baja, a favor y en contra del cliente, para que éste se quede con una imagen clara de las ventajas o desventajas de la operación en cada caso. Lo único que se transmitió a la representante de la demandante fue simplemente la idea de que iba a conseguir limitar los efectos perjudiciales de un aumento hipotético de los tipos de interés, reduciendo así los costes económicos de los préstamos, créditos o pólizas de crédito anteriormente contratados, sin mencionar en ningún caso el riesgo real de pérdidas patrimoniales, pues esto y no otra cosa es lo que se desprende de la declaración del empleado de Bankinter que ofertó el producto. Del mismo modo, y con carácter general, la entidad debe informar de cualquier coste de cancelación y de su cálculo.

Un contrato Swap no es un producto financiero de fácil comprensión y que no requiera de una labor específica de información por parte de la entidad oferente para asegurarse de que el cliente comprende su contenido, sino que, por el contrario, se trata de un contrato complejo, tanto en su articulación como en su contenido. De hecho el conjunto de documentos que integran el contrato contiene terminología técnico-económica de difícil comprensión para un profano y los pagos de cantidades de tipo de interés se calculan sobre la base de una cantidad teórica, no real (importe notional o nominal), cuyo desembolso nunca se produce, pues se trata de una cifra que sirve para determinar el importe de las liquidaciones trimestrales, lo que contribuye todavía a generar más confusión en el cliente, de hecho el temor de la representante legal de

la demandante era el tener que abonar ese importe. A esta complejidad se une el hecho de que se trata de un contrato de adhesión, prerredactado e impuesto al cliente, sin posibilidad de negociación y, como ya hemos apuntado, complejo (art. 79 bis.8 a) LMC).

De hecho, la ambigüedad de la redacción del contrato impide conocer que podía generar pérdidas importantes, repárese que tras tres saldos positivos iniciales (363,53 euros, 521,33 euros y 529,51 euros) comienzan los negativos (1.496,60 euros y 2.155,18 euros en abril y julio 2009, fecha en que se presentó la demanda). Así, se alude en el condicionado general a que el cliente por su actividad se ve expuesto "a una serie de riesgos financieros", que conoce y acepta; que el instrumento financiero que suscribe "conlleva un cierto riesgo", derivados de factores asociados al funcionamiento del mismo, como la "volatilidad o la evolución de los tipos de interés", sugiriendo que pueden variar, pero omitiendo algo tan sencillo como subir o bajar, y lo que es más significativo de esta ambigüedad, la referencia a que la evolución de los tipos de interés "sea contraria a la esperada", esto es, que bajen, muy por debajo del tenido en cuenta, lo que "podría reducir e incluso anular" el beneficio económico esperado por el cliente; es decir se sugiere que lo más que podría pasar al cliente es que se redujera o se quedara sin percibir alguna compensación económica, pero no que tuviera que pagar cantidades importantes o desproporcionadas, especialmente, para el caso de cancelación anticipada.

En la cláusula 1 al referir que "el Banco ofrecerá al Cliente, el conjunto de instrumentos financieros de gestión del riesgo, con la finalidad de que éste pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos financieros asumidos en sus operaciones comerciales" evidencia que es el Banco el que configura los instrumentos financieros que ofrece.

En la cláusula 3 se refiere que las liquidaciones periódicas generaran un resultado positivo o negativo para el cliente, sin especificar su alcance.

En la cláusula 5 se establece que "el cliente reconoce el derecho del Banco de revocar la oferta por circunstancias sobrevenidas en el mercado que alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta", derecho que de forma recíproca no se reconoce al cliente.

La cláusula 6 concede al cliente "la facultad de cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del producto, denominadas ventanas de cancelación, caso en el que el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por la condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente", añadiendo, que "si la cancelación lo es 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 que éste podrá repercutirle". Circunstancias económicas que no se concretan y que se elevan a la categoría de condición en perjuicio del cliente, y que, además, en el segundo caso conllevan una indemnización a favor del Banco por unos perjuicios que no se concretan ni determinan.

En fin, que no existe alusión a las pérdidas, sino a unas liquidaciones positivas o negativas, en base a unas condiciones del mercado, que no se explicitan. Como tampoco se inserta en el contrato, ni consta se le haya facilitada a la demandante como información precontractual, estudio alguno sobre la posible evolución del tipo de interés o del resultado de las liquidaciones a satisfacer por el cliente para el caso de que fueran negativas y menos se alerta sobre las importantes consecuencias económicas adversas que podía tener el producto financiero, es más, se ocultan y diluyen contractualmente bajo la alusión de que podrían no existir beneficios para el cliente, insistiéndose, además, en una función estabilizadora "diseñado para mitigar el riesgo", sin destacar claramente el desequilibrio que suponían los diferentes límites según variasen los tipos de interés al alza o a la baja, en claro perjuicio del cliente.

Las Condiciones Particulares, se refieren a la cancelación anticipada, que nuevamente se vuelve a vincular a la situación de mercado; y liquidaciones periódicas que resultan de los conceptos Cliente Paga y Cliente Recibe, de modo que puede cobrar o pagar trimestralmente: si el Euribor a tres meses era superior al 4,45% pagaba el banco; si el Euribor a tres meses era igual o inferior, adeudaba el cliente.

De lo expuesto no es difícil deducir que se aludía a liquidaciones negativas para el cliente pero no a la producción de pérdidas importantes, como sucedió en la práctica. Se ofrece un precio de cancelación acorde con la situación de mercado, pero no se hace referencia a como se obtendría el precio de mercado, ni tampoco al dato de que podía suponer un importante coste al cliente, de hecho el cálculo de tal partida, que fue realizado por una compañía externalizada al Banco, fijó el coste de cancelación a fecha 14 de septiembre 2009 en la suma de 7.756,30 euros, en fin que el coste de una posible cancelación anticipada quedó indeterminada en

sus consecuencias, pues, como se deriva de los términos contractuales, existió una total falta de información acerca de la notable trascendencia económico negativa que podía tener esa cancelación para el cliente. Es más, con independencia de la valoración jurídica que merezca, respecto a su claridad, la cláusula del condicional particular, contenida bajo el epígrafe "ventanas de cancelación", basta examinarla para constatar que además de ser precisos conocimientos de cierto nivel, no incluye una referencia exacta del coste que supondría tal resolución, hasta el punto que ni siquiera un avezado profesional sería capaz, con la mencionada cláusula, de determinar el coste de la resolución porque se remite a índices que, con su simple lectura, impiden conocer su cuantía. En fin, que el propio contenido contractual determina su dificultad comprensiva pues si bien la operación de liquidación se presenta aparentemente como aritméticamente sencilla, la complejidad viene por el entramado contractual al jugar y concurrir varios elementos referentes a momentos temporales diversos; a "ventanas de cancelación" con sus respectivas datas temporales, conceptos genéricos e indeterminados como "situación de mercado" e incluso remisión a unos índices que son fluctuantes y que se aplican sobre el denominado "precio notional o nominal".

Como quiere hacer ver el apelante, aunque a primera vista, podría parecer sencilla la mecánica financiera que supone el desarrollo contractual del contrato de Gestión de Riesgos Financieros, de carácter aleatorio, lo cierto es que no es tan sencillo inferir las consecuencias económicas, tan desproporcionadamente perjudiciales, en caso de bajadas bruscas del Euribor, y más si a ello se une el ejercicio de la facultad de cancelar anticipadamente el contrato, lo que requiere una adecuada información de estos riesgos y consecuencias económicas, lo que no consta se hiciera de esa forma, extremo que incumbía probar a la parte demandada, no ya solo porque es algo que a ésta corresponde efectuar, por ser la que ofreció el producto, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria ( art. 217 LEC ), información que debe exigirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias, a cuyas condiciones el cliente solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del art. 79.1, a),c ) y e) LMV, pues ese tipo de entidades tienen el innegable deber de hacer hincapié en los riesgos que cada operación conlleva (RD 629/1993 ).

**CUARTO.-** En el siguiente motivo considera el apelante que, según la CNMV y el Bco. de España, la legislación del mercado de valores no debe ser aplicada a los contratos de permuta de interés vinculados a préstamos, no obstante ocurre que el principal argumento de la sentencia para condenar a su representada es la supuesta infracción de la Ley de Mercado de Valores (Ley 47/2007 y RD 217/2008). El art. 79 .quater de la LMV en relación a las excepciones a las obligaciones de información dispone "que lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero", "el hecho de que el producto principal sobre el que gira el derivado (instrumento financiero) vinculado sea un producto bancario, supone que el cliente a la hora de ser informado del producto ofertado y de valoración de la adecuación del mismo o sus características debe tener las garantías propias de cliente de servicios bancarios y no de inversor, ya que no emplea o quiere el derivado como producto de inversión sino sólo en cuanto vinculado a un producto bancario y con el objeto de minorar los riesgos de inversión de tipos de interés o de cambio de divisas", de ahí que la sentencia yerre al considerar infringidos los preceptos de la normativa del mercado de valores ("la propia comisión de valores -dice la sentencia- ha catalogado estos productos como de algo riesgo, esto es, para un perfil de clientes altamente especulativo"), pues no se trata de ganar con las subidas del Euribor o perder con las bajadas, sino de ganar tranquilidad frente a las subidas con el coste de oportunidad de no beneficiarse plenamente de las bajadas.

Consideramos, como se desprende de los fundamentos jurídicos precedentes, que el contrato de Swap queda sometido a la normativa de los mercados de valores y, en todo caso, apuntar que la premisa de que parte el apelante no es certera, ya que la sentencia declara y afirma la ausencia de vinculación entre el Swap y la póliza de crédito.

No obstante lo anterior conviene precisar lo siguiente, es cierto, como viene a apuntar el apelante, que una de las razones por las que el cliente puede estar interesado en concertar un Swap es para cubrir el riesgo de oscilación de los tipos de interés de un préstamo o crédito, no obstante esta finalidad nada tiene que ver con sus efectos jurídicos, pues consideramos que la permuta financiera (Swap) de tipos de interés es y funciona jurídicamente y de hecho, como un contrato autónomo e independiente de las operaciones de pasivo cuyo riesgo de tipo de interés pueda estar intentando cubrir, sobre todo en un supuesto como el de autos, en el que la única referencia a operaciones de pasivo se contiene en la cláusula primera del Condicionado General, expresando que "el objeto del presente contrato es fijar el marco de condiciones aplicables al conjunto de instrumentos financieros de gestión de riesgo (en adelante 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 mercantiles". Cláusula en la que no sólo no se concreta ninguna, sino que en su literalidad parece

referirse a los que Bankinter ofrezca en un futuro. Pero hay más, aun en el caso de considerar que se refería a todos los riesgos financieros de la demandante, los existentes en aquél momento con la demandada e incluso los derivados de otros productos suscritos con otras entidades de crédito, lo cierto es que el nominal del contrato de Gestión de Riesgos Financieros excede con mucho de la totalidad de los contratados a interés variables suscritos por la demandante, pues alcanzando el nominal del contrato litigioso la suma de 400.000 euros, ocurre que los importes financiados a interés variable, a tenor de la prueba practicada, alcanzan únicamente 162.000 euros, consideraciones que nos permiten afirmar que en este supuesto el contrato de permuta financiera de tipos de interés en modo alguno puede estimarse vinculado o ligado a una operación/es de financiación y menos hasta el punto de convertirse conjuntamente ambos en contratos conexos o coligados

Ocurre, además, que los préstamos, créditos y leasing, por un lado y el Swap, por otro, coexisten de manera independiente sin que puedan verse afectados por las vicisitudes del otro negocio jurídico. Es verdad que el conjunto de los pagos en uno y otro instrumento pueden tener como consecuencia que el cliente pague menos o soporte unas condiciones financieras distintas, pero esto, de ser así, porque tampoco se ha acreditado, no veda la aplicación de la normativa del Mercado de Valores.

Estos rasgos de independencia y autonomía fluyen del propio recurso en el que se parte de la premisa que el contrato de Gestión de Riesgos, de que aquí se trata, viene a cubrir distintas operaciones de pasivo con distintas características, concedidas por la demandada y otras entidades distintas, por préstamos concedidos y créditos dispuestos o no dispuestos pero a disponer en el futuro, por un importe nominal superior o inferior, con distintas condiciones de pago (distintos períodos de intereses o distintos devengos y plazos de pago), hasta el punto de que resulta difícil identificar exactamente cuál es la operación u operaciones de pasivo cuyo riesgo de tipos de interés se está intentando cubrir con el controvertido contrato. En tal contexto, resulta artificioso sostener la inaplicación de la LMV pues lo cierto es que el contrato de Gestión de Riesgos Financieros, a decir de la apelante, no cubriría una operación específica, sino diversas que ni siquiera comparten identidad de partes, objeto, importes y otras características como períodos o plazos.

La independencia y autonomía entre los distintos contratos de financiación y el Swap también se pone de manifiesto por el diferente régimen respecto de la amortización anticipada del contrato de préstamo, crédito o leasing. Estos contratos son normalmente amortizables contra el pago de las comisiones de cancelación o el coste de fondos a voluntad de una de las partes, mientras que los Swaps aceptan pocas modificaciones durante su vida a instancia de sólo una parte. Así, salvo pacto específico en ese sentido, un Swap no ve alterado su importe nominal o nominal por el hecho de que se amorticen total o parcialmente de forma anticipada las cantidades adeudadas en un contrato de financiación.

Lo expuesto nos permite sostener que las permutas financieras sobre tipos de interés son instrumentos financieros expresamente incluidos en el art. 2 Ley de Mercado de Valores y, por lo tanto, sometidos a su regulación.

**QUINTO.-** Continúa el apelante aduciendo que la información precontractual suministrada a la actora, así como la información contenida en el propio contrato, permitieron a la demandante conocer las características y riesgos del producto adquirido, de hecho, como se desprende de las condiciones generales y particulares del producto, el funcionamiento es tremendamente sencillo, si el Euribor está por encima del 4,45% el cliente va a recibir una liquidación positiva y si está por debajo una liquidación negativa, así durante 8 trimestres (dos años) de duración del contrato, además, si el cliente no entendió las explicaciones del producto no debió firmar el contrato, pues su representada desplegó toda la actividad necesaria para que el cliente pudiera formar su juicio rectamente.

Por otro lado, apunta el apelante que en la sentencia se dice que la información facilitada no era comprensiva del riesgo financiero que podría llegar a asumir la demandante, sin embargo en el contrato se realizan numerosas afirmaciones de que el cliente debe pagar al banco, así en el mismo de seis páginas aparece seis veces la tesitura para el cliente "cantidades a pagar", "liquidaciones negativas", "riesgos asociados a la evolución de los tipos de interés" "saldos a cargo del cliente". Asimismo el mecanismo es sencillo ya que el contrato de permuta de tipo de interés consistía en que el cliente siempre pagaría un 4,45% de tipo, con independencia de que el Euribor subiera o bajara.

Como hemos expuesto en los fundamentos segundo y tercero, consideramos que no se cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, no consta que se le haya proporcionado al cliente la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba, y de los riesgos concretos que tenía el Swap que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de los tipos de interés, como fue el caso, máxime al ser un producto que se



ofreció de forma novedosa por la demandada al cliente, en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, como era el caso. Es más, en el exponendo primero de las condiciones generales del contrato de Gestión de Riesgos Financieros se asegura que "... el Cliente pretende firmar con el Banco el presente contrato...", expresión mendaz, pues, como se acreditó por las declaraciones del empleado de la demandada Don Eusebio, no fue el cliente quien acudió a la oficina del Banco pretendiendo firmar el contrato, sino su empleado quien visitó tres o cuatro veces a la demandante para convencerla de la bondad del producto ofrecido.

Por lo demás, no se aportaron por la entidad bancaria los elementos probatorios derivados de toda la documentación que manejó, tampoco las supuestas simulaciones (al alza sobre el 6 y pico % y la baja sobre el 2 y pico %), que, según manifestó el Sr. Pereiro se entregaron al cliente, por otro lado, y como también se apuntó, el test de conveniencia que se realizó al cliente dio como resultado su falta de experiencia, lo que impondría para la entidad financiera una mayor diligencia y detalle en la información, lo cual no facilitó ni realizó, de ahí que deba rechazarse el motivo.

**SEXTO.-** Considera el apelante que no se dan los requisitos jurisprudenciales para que pueda ser apreciado el error sustancial que se acoge en sentencia. La administradora de la actora reconoció que se le explicó el producto adecuadamente y las condiciones generales y particulares del contrato evidencian que lo que se garantizaba con el contrato era que pagaría un 4.45% de interés cualquiera que fuera la evolución del Euribor. Afirma la sentencia que "no parece descabellado entender que la anterior no se parase a leer con detenimiento el documento que se le presentaba", apreciación que contradice numerosa jurisprudencia que exige, a la hora de apreciar el error, cuando menos la lectura de lo que se firma, pues es la diligencia mínima que ha de exigírsele a un contratante

La administradora de la actora en ningún momento reconoció que el producto le fue explicado adecuadamente, todo lo contrario, hasta el punto de que lo que se le transmitió fue la idea de que había contratado un seguro para los tipos de interés, por otro lado, y como hemos detallado, la información prestada al cliente en el condicionado general y particular del contrato es meramente genérica y ambigua en su redacción, hasta el punto, que no se cumple, evidentemente de este modo, la imposición normativa del RD 217/2008, norma que, en desarrollo, de la LMV, impone la prestación de información de una forma que permita al cliente comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones .

Se dan así y, por tanto, a juicio del Tribunal las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la conocida STS de 26 de junio 2000, "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular ( STS 14 y 18 febrero 1994 y 11 mayo 1998 ". De manera que la respuesta ha de ser el rechazo del motivo impugnatorio, pues la cliente del banco, que con la operación intentaba precaverse del coste y riesgo financiero de una línea de crédito concertada, Multilínea Bankinter, se encuentra con un componente especulativo que le produce importantes pérdidas, y ello como consecuencia de la parca e incompleta información desplegada por la entidad financiera, lo que se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues hace que el prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega.

Por último, frente al argumento de que el cliente debió pararse a leer el contrato, decir que estamos ante un contrato de adhesión, en el que las condiciones han sido predispuestas por el Banco, diseñado en un complejo sistema documental de difícil comprensión, con cláusulas no sencillas y que inducen a diferentes interpretaciones, además con la posibilidad unilateral del banco de calcular el coste de cancelación anticipada acorde con referencias genéricas, como es la situación del mercado; sin que tampoco pueda obviarse que, por lo general, los clientes confían en las recomendaciones efectuadas por el personal de la entidad financiera, sin confirmar su cualificación profesional y sin consultar otras fuentes externas.

Asimismo, es importante resaltar, que frente a las sentencias que reconocen que el cliente no fue diligente y, por tanto, el error no era excusable, por el hecho de haber firmado el contrato sin leer o sin entender sus cláusulas, en otros pronunciamientos, se expresa precisamente que es normal que el cliente, llegado el momento de la firma, no se parase a leer con detenimiento el documento contractual, prestando más atención a las explicaciones que se le daban que al propio escrito, llegando a la conclusión de que el cliente creyó contratar un producto que le protegía contra las subidas de los tipos de interés, pero no fue consciente en ningún momento de asumir riesgo alguno. Podríamos añadir también, como destaca la STS de 30 de enero de 2003, que "la creciente complejidad financiera que conlleva el análisis de valores mobiliarios negociados



en mercados secundarios, el coste de procesar y analizar la información pública disponible, así como el riesgo inherente que representa toda inversión en Bolsa, ponen al inversor en una especial relación de dependencia y confianza respecto de los profesionales del mercado de valores"

**SEPTIMO.-** Los argumentos utilizados en la demanda para acreditar el error son sustancialmente distintos a los invocados en el acto del juicio y utilizados en la sentencia. Este motivo se rechaza de plano ya que la apelante viene a denunciar una suerte de incongruencia que no especifica y, desde luego, la Sala no aprecia.

En base a todo lo que antecede y, fundamentalmente, por concurrir las condiciones del error invalidante del consentimiento contractual, como correctamente argumenta la sentencia de instancia, a lo que nos remitimos e integramos en esta resolución, se rechaza el recurso y se confirma la sentencia.

**OCTAVO.-** Las costas procesales se imponen a la parte apelante.

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

## **FALLAMOS**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Doña Rosa de Lis Fernández, en nombre y representación de Bankinter, S.A., frente a la sentencia dictada en fecha 26 de marzo 2010 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Vigo, en Procedimiento Ordinario núm. 841/09 , la cual se confirma en su integridad, imponiendo las costas procesales a la parte apelante.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación.

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