

5.4.10



**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6  
VIGO**

SENTENCIA: 00074/2010

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 841/09-B

SOBRE: NULIDAD CONTRACTUAL, RECLAMACION CANTIDAD

DEE.: *Mmm* S.L.  
PROCURADORA: FÁTIMA PORTABALES BARROS  
DOO.: BANKINTER S.A.  
PROUTRADOR: ROSA DE LIS FERNANDEZ



**SENTENCIA**

*Ocampo*

En Vigo a veintiséis de marzo de dos mil diez

Dña. Ana Barral Picado, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº6 de los de Vigo, habiendo visto los autos correspondientes al juicio ordinario seguido ante este Juzgado con el número referenciado al margen en ejercicio de las acciones derivadas de obligaciones y contratos promovido por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fátima Portabales en la representación de *Mmm*, S.L. bajo la dirección letrada de D. Juan José Pérez Barreiro contra BANKINTER, S.A. representada por la Procuradora Sra. Rosa de Lis y bajo la dirección letrada de D. José Ocampo, dicta la presente en base a los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Ante este Juzgado fue turnada demanda de juicio ordinario promovida por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fátima Portabales en la representación de *SERVIPROMEX*, S.L. contra BANKINTER, S.A. interesando, previos los trámites legales, el dictado de una sentencia por la que con estimación de la demanda:

1. Se declare la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros "Clip Bankinter Flexiplus 4" suscrito entre *Mmm*, S.L. y BANKINTER con fecha de 15 de abril de 2008
2. Condene a la demandada a pagar a *Mmm* la cantidad de 82,23€ (tal y como se expone en el hecho quinto de la demanda) más las cantidades que se le carguen en virtud de liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de riesgos financieros hasta la ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas a la actora.



REGISTRACION  
DE JUSTICIA



REGISTRACION  
DE JUSTICIA

3. Condene a la demandada al pago de los intereses que legamente correspondan desde la fecha de la irregular suscripción de los contratos.

4. Condene a la demandada al pago de costas.

Alternativamente:

1. Declare resuelto el contrato de Gestión de Riesgos Financieros "Clip Bankinter Flexiplus 4" suscrito entre *Murruena*, S.L. y BANKINTER con fecha e 15 de abril de 2008.

2. Condene a la demandada a pagar a *Murruena* la cantidad de 82,23€ (tal y como se expone en el hecho quinto de la demanda) más las cantidades que se le carguen en virtud de liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de riesgos financieros hasta la ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas a la actora.

3. Condene a la demandada al pago de los intereses que legamente correspondan desde la fecha de la irregular suscripción de los contratos.

4. Condene a la demandada al pago de costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite se dio traslado a la demandada, emplazándola para contestar haciéndolo en el tiempo y forma legalmente establecido la Procuradora de los Tribunales Sra. Rosa de Lis en la representación de BANKINTER, en sentido de oposición a las pretensiones de la adversa e interesando su íntegra desestimación tanto por las pretensiones principales como las alternativas que se formulan.

**TERCERO.-** Por contestada la demanda se citó a las partes a la celebración de la audiencia previa y comparecidas en legal forma se ratificaron en sus escritos de alegaciones interesando el recibimiento del pleito a prueba, siendo admitida:

A instancias de la parte actora, documental obrante en autos. Más documental consistente en Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, oficio a la Central de Información de Riesgos del Banco de España con relación a la mercantil actora y oficios a Banco *Caixa* y Caixa para la aportación a los autos de los contratos de financiación con las citadas entidades por la actora. Testifical de D. Rafael Pereiro Castro, director de la sucursal de Bankinter sita en la Avda. Florida de esta localidad.

A instancias de la parte demandada, documental obrante en autos. Más documental consistente en Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Testifical de D. Rafael Pereiro Castro y D. David Fernández Lago y testifical pericial de Dña. Belén Rodríguez Fernández.



MINISTERIO DE JUSTICIA



MINISTERIO DE JUSTICIA

**CUARTO.-** Practicada la prueba en el acto de juicio con el resultado que corra en el soporte audiovisual adjunto a los autos, previo informe de las partes, quedaron los autos vistos para resolver.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Con fecha de 15 de abril de 2008 *Manu*, suscribe con la demandada una línea de crédito denominada "Multilínea Bankinter", por un importe de 100.000€, alegando que, como requisito previo a su concesión, BANKINTER, le exigió la contratación de lo que se le ofreció como "un seguro de cobertura de tipos de interés". Sigue afirmando la parte que en esa creencia, esto es, en la de que evitaba con el contrato una eventual subida de los tipos de interés, firma el contrato que se adjunta como documento nº3 de la demanda, "Clip Bankinter Flexiplus 4"-Alegando que la información previa al contrato y que la documentación que se le hizo llegar al tiempo de su firma fue prácticamente nula, y que desconocía en fin, la naturaleza última del contrato suscrito y sus verdaderas consecuencias económicas, en base a la doctrina del error y el engaño en el consentimiento, interesa se declare la nulidad del mismo.

Se aclara en el acto de juicio que de la citada línea de crédito penden en abstracto una serie de productos bancarios (créditos, líneas de descuento, leasings...) que pueden hacerse efectivos por los clientes de Bankinter hasta el concreto importe pactado, en este caso como se dice, un total de cien mil euros. El citado importe obra desde la fecha de suscripción a disposición del cliente y las sucesivas disposiciones, no precisan de autorizaciones específicas más allá de los trámites necesarios para la contratación de un concreto producto de los comprendidos en la citada multilínea.

La parte actora no aporta -tampoco la demandada- la totalidad de las hojas de la línea de crédito contratada, sin que este órgano judicial pueda conocer la fecha exacta de su firma, como tampoco las condiciones pactadas en torno a la misma. No obstante y en cuanto al primer extremo de la fecha, del interrogatorio del D. Rafael, a la sazón, director de la sucursal de Bankinter que gestiona el contrato y de Dña. *Manu*, ha de derivarse la firma de ambos documentos - la línea de crédito y el contrato cuya nulidad se insta- de forma simultánea o cuando menos, el mismo día, lo cual se data en la fecha de 15 de abril de 2008, y ello pese a las declaraciones que se contienen en el "ANEXO AL CONTRATO DE MULTILÍNEA DE FINANCIACIÓN PARA EMPRESAS SUSCRITO ENTRE BANKINTER Y *Manu*" en el que se hace mención a que las partes "suscribieron con fecha de 14/04/2008 un contrato Multilínea de Financiación para Empresas"

En todo caso, ya sea en una u otra, lo que ya puede afirmarse desde este momento, es que la falta de aportación de la citada documentación se traduce necesariamente la falta de prueba de la alegación primera de la parte actora (art. 217 LEC), esto es, la exigencia por parte del Banco prestatario de la



MINISTERIO DE JUSTICIA



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

suscripción obligatoria y vinculada a la citada línea de crédito del contrato swap cuya nulidad pretende.

Pues bien en el contrato cuya nulidad se insta, fechado el 15/04/09, y bajo la rúbrica de "CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", cuyas condiciones generales y particulares se aportan por ambas partes (la demandante lo hace mediante copia simple en que no se hacen constar las firmas de los intervinientes ni la fecha de su suscripción; la demandada, el original que obra en su poder), BANKINTER y *Munin* pactaron, sobre la base de un nominal de 400.000€, y por un plazo de dos años, la obligación de BANKINTER de pagar trimestralmente a *Munin* las cantidades resultantes de aplicar el Euribor a 3 meses, mientras que la hoy actora se comprometía a pagar al banco, en el mismo periodo, la cantidad consistente en un interés del 4,45%. Cada tres meses, y al tiempo de cada liquidación, las obligaciones de una y otra parte serían objeto de compensación, resultando una cantidad neta que abonaría la que finalmente resultara deudora: si el Euribor a tres meses era igual o superior al 4,45% adeudaba el Banco; si era inferior adeudaba el cliente.

Durante la vida del contrato, se producen tres liquidaciones positivas y dos negativas, en espera de una tercera próxima a suceder: las tres primeras con fecha de julio y octubre de 2008 y enero de 2009 ascienden a 363,53€, 521,33€ y 529,51€ respectivamente. La primera de las negativas lo es por importe de 1.496,60€ y la segunda por importe de 2.155,18€; la tercera ha sido calculada ya en la cuantía de 2.513,75€ (doc. 6 de la contestación). Interesando la empresa la cancelación del contrato ante las importantes cancelaciones de dinero a desembolsar, el banco le comunica que ha de abonar por tal concepto la suma de casi 8.000€ que quedaron calculados a fecha de septiembre de 2009, con un importe previsiblemente superior a la fecha actual.

**SEGUNDO.**- El contrato cuya nulidad se insta es efectivamente un contrato swap, sin que sobre tal cuestión de la naturaleza jurídica del contrato, medie mayor discrepancia entre las partes. De los diferentes tipos posibles de swap, el que ahora nos interesa el llamado swap de intereses. Este tipo particular dentro de la figura del swap, viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada (Pág. 10) como "aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse ente sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada". También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como "un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable"

Los contratos swap no están regulados en norma alguna, y no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino tampoco en los ordenamientos de nuestro entorno; ni siquiera en el anglosajón, en cuyo ámbito nace esta figura contractual. No obstante, y al amparo del art. 1255 CC y 50 y ss del CCo, nada impide que sea admitido en nuestro derecho siempre que su



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

clausulado respete los principios y normas generales de la contratación.

En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, una denominación, quizás no excesivamente precisa para con la naturaleza del contrato, pero que en cualquier caso, ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el art. 20.1. 18º, d) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera, la Circular 1/1991, del Banco de España que desarrolla diversas medidas sobre liberalización del control de cambios dentro de la pauta marcada por el R.D. 1.816/1991, de 20 de diciembre, aunque como primera referencia administrativa puede considerarse, según recuerdan Costa Ran y Font Vilalta, la Resolución de la Dirección General de Tributos de 17 de febrero de 1984, sobre presentación de declaraciones globales respecto a rentas obtenidas sin mediación de establecimientos permanentes por los no residentes, que no consideraba la existencia de retribución de capital en la permuta financiera, ya que no existía en ella cesión de capital alguno.

Por último, dentro de las escasísimas resoluciones judiciales referentes a este contrato, debe destacarse la sentencia dictada el 1 de enero de 1991 por el Juzgado de Primera Instancia num. 7 de Madrid en relación con la reclamación del saldo líquido de dos contratos swap de tipos de interés, suscritos mediante escritura pública entre una Entidad financiera y una Empresa en suspensión de pagos, cuyos contratos se acogieron como permuta financiera. La misma sentencia, siguiendo a Alonso Soto, establece como características del contrato las siguientes: A) Es un contrato único. No son varios contratos ligados entre sí, sino un solo contrato que genera diversas relaciones obligatorias; B) Es un contrato atípico, no regulado como tal en nuestro Derecho, aunque se haga mención al mismo en la legislación que más arriba se ha indicado; C) Es un contrato consensual, que se perfecciona por mero acuerdo de voluntades, no precisando forma escrita, aunque a efectos de su reclamación por vía judicial puede resultar más ventajosa esta última si se incorpora además a un documento público; D) Es un contrato bilateral, generador de recíprocas obligaciones a cargo de las dos partes; E) Es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca o más bien una interdependencia entre las prestaciones de las dos partes, de modo que cada prestación actúa como contravalor de la otra, resultando de aplicación la "exceptio non adimpleti contractus"; F) Es un contrato de duración continuada que no se agota en la realización de una sola prestación, sino que abarca sucesivas prestaciones que se van materializando a través del tiempo de vigencia del contrato; G) Es un contrato en el que se intercambian obligaciones económicas y no supone intercambio de las obligaciones legales suscritas. Es decir se permutan los medios de pago y no los pagos en sí; H) Es un contrato en el que las partes actúan en posición de igualdad estableciéndose un auténtico equilibrio de las prestaciones por lo que no serán aplicables en este caso las normas que establecen una especial protección para la parte más débil de la relación contractual.



REGISTRACION  
DE MERCEDES



REGISTRACION  
DE MERCEDES

Además y en particular el Swap de tipos de interés tiene un innegable carácter aleatorio, que la mencionada sentencia llega a calificar incluso como especulativo cuando establece el pago diferencial entre los intereses intercambiados. Y aunque podrían entrar en juego las normas relativas a la apuesta (art. 1.799 del Código Civil), la cuestión puede considerarse salvada teniendo en cuenta que la finalidad esencial de la permuta financiera no es la especulación sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones de los mercados financieros.

Todos los antedichos caracteres son reconocidos por la doctrina como propios del contrato swap o permuta financiera (Costa Ran, Font Vilalta, Diaz Ruiz)

**TERCERO.-** Dicho, lo anterior, resulta necesario determinar el funcionamiento del swap de tipos de interés como el que aquí nos ocupa. En términos generales puede afirmarse que las dos partes acuerdan, durante un periodo de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos.

En el particular caso de autos y como arriba se dice, BANKINTER y *xxxx* pactaron, sobre la base de un nominal de 400.000€, y por un plazo de dos años, la obligación de BANKINTER de pagar trimestralmente a *xxxx* las cantidades resultantes de aplicar el Euribor a 3 meses, mientras que la hoy actora se comprometía a pagar al banco, en el mismo periodo, la cantidad consistente en un interés del 4,45%. Cada tres meses, y al tiempo de cada liquidación, las obligaciones de una y otra parte serían objeto de compensación, resultando una cantidad neta que abonaría la que finalmente resultara deudora: 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.

A efectos ilustrativos cabe citar la Sentencia de 19/11/2008 del Juzgado de lo mercantil nº2 de Barcelona establece que "en esta modalidad de swaps, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente notional), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps"). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables, o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación. También en este sentido citar la Sentencia del Juzgado de lo mercantil nº4 de Barcelona de 20/09/09 que establece que "Desde este punto de vista, el swap es un contrato que modifica el pacto de intereses de un préstamo, mediante una apuesta o, si queremos, una previsión, relacionada con la oscilación anual de los

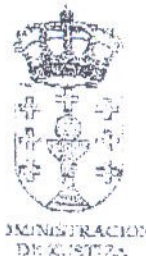


tipos de interés, de tal manera que si el prestatario gana, el banco tiene que devolver parte de los intereses recibidos por ese préstamo, si es el banco quien gana el prestatario ha de pagar un interés superior al que estaba pactado en el préstamo".

**CUARTO.-** Precisamente y por estas reglas de funcionamiento la jurisprudencia menor, ha venido reconociendo como una de las notas definitorias de esta tipología contractual, la naturaleza aleatoria y altamente especulativa que como arriba se expone, es igualmente significada en el ámbito doctrinal. En esta idea ha de citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18/06/09 establece que "la finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, hecho destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de interés, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder". También con la misma línea de argumento la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de enero de 2010 (Sec 5º) que recuerda que "en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente".

Ya para concluir con este orden de cosas destacar que la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores ha catalogado estos productos como de alto riesgo, esto es, para un perfil de clientes altamente especulativo y que está especialmente dirigido a empresas con necesidades de cobertura de divisas y tipos de interés por asuntos de exportaciones e importaciones, difícil de explicar y comprender para una usuario habitual.

Por todo lo anterior, la pregunta clave que procede en autos es tan simple como si Dña. ~~Mar~~ conoce la naturaleza del contrato suscrito en los términos que se le exponen y para el caso de desconocerla, era posible que llegara a aquel conocimiento a través de la diligencia exigible a un hombre medio. Así se afirma por cuanto como bien conocen las partes, el art. 1266 del Código Civil exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga 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,



y la jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007). El error es inexcusable cuando puse ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 4-1-1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (STS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

**QUINTO.-** Para responder a la pregunta planteada lo primero que ha de analizarse es el tipo de información prenegocial que se ofrece a ~~la~~ sobre el producto a contratar, pues es el consentimiento no es sino el concurso entre la oferta y la aceptación de la cosa y la causa del contrato (art. 1262CC) y sobre este particular, ha de citarse la SAP Valencia (Secc. 9ª) 25-4-2006, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que algunos autores señalan, en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual 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 estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.





Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art. 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras L.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo I), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art. 5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores y que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MiFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis nº 3, 4 y 7).

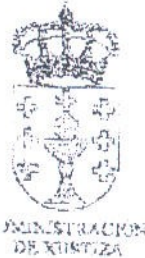
Es entre Dña. Maria por Maria, y D. Rafael por Bankinter entre quienes se desarrolla la contratación y la fase previa al mismo, procediendo el valorar las declaraciones de uno y otro y junto con la documentación que una y otra parte aporta como expresiva de la que dispuso el cliente y fue entregada por el banco de forma previa al contrato para poder concluir en si la información previa al contrato se ajustó a la normativa aplicable.

- Dña. Maria afirma que es D. Rafael quien se personaba en su lugar de trabajo y el que le ofrecía distintos productos financieros de diverso tipo, entre ellos el contrato multilínea y el contrato de gestión de riesgos financieros

que más tarde se firma. La cuestión no es negada por el citado D. Rafael al tiempo de ser interrogado. En términos coloquiales se puede decir que el banco "buscó" al cliente.

- Alega Dña. *Mu* que el contrato swap -en ningún caso referido en tales términos ni durante la fase precontractual ni durante la firma del mismo- se le oferta, pura y simplemente como una cobertura frente a la subida de los tipos de interés, algo así como un "seguro". Y en este punto, baste reparar en la documentación previa que fue ofrecida antes de la contratación (documento 4 de la demanda) para leer frases como "alternativa de cobertura para el endeudamiento a tipo de interés variable"; "un Seguro que proteja el coste de financiación frente a posibles subidas de los tipos de interés, no instrumento especulativo"; "productos de cobertura genérica para todo o parte del endeudamiento expuesto a tipo de interés variable, tanto dentro como fuera de Bankinter". Es más baste revisar la declaración de D. Rafael al tiempo de ser interrogado para advertir que en su declaración y en un sinnúmero de ocasiones, se refiere al contrato por el propiciado como "de cobertura de tipos de interés"; ni el mismo aun conociendo su mecánica, es capaz de referirse a él de otra forma. A la hora de explicarlo advierte que el cliente pasa a pagar un tipo fijo y que simplemente lo que hace es estabilizar los tipos de interés. No obstante habla de que las liquidaciones al final de cada trimestre podían ser positivas o negativas. Positivas si el Euribor a tres meses superaba el 4,45% por ciento pactado en el contrato, negativas si el Euribor a tres meses era igual o inferior al citado valor. Afirma haber entregado cuadros gráficos, presentaciones comerciales de varias hojas con simulaciones de liquidaciones positivas y negativas, informes de analistas sobre el comportamiento futuro del Euribor. Pues bien, ha de afirmarse que la información que se aporta como documento número 4 de la contestación - que por cierto, en el acto de juicio, no llega a ser exhibida a Dña. *Mu* - dista mucho de ser expresiva de lo que se dice entregado y facilitado a Dña. *Mu* en el acto de juicio. La anterior no niega que se le explicara la mecánica del contrato, y aquella regla de cálculo para obtener una liquidación ya positiva ya negativa al final de cada trimestre, lo que afirma es pura y simplemente que la información facilitada no era comprensiva del riesgo financiero potencial podría llegar a asumir y mucho menos por el montante final que más tarde resultó.

- Dña. *Mu* afirma que se le oferta como un producto gratuito, sin costes de cancelación y con la única obligación de devolver los importes que previamente se hubieran percibido por la entidad bancaria. Pues bien, si



bien es cierto que la hoja dos del documento cuatro afirma que la cancelación anticipada se posibilitaba para cualquier momento de la vida del contrato y ciertamente se informa de la existencia de un costo de cancelación, que se haría depender de la "situación del mercado", nada se dice acerca de qué variables concretas habrían de considerarse para el cálculo de dicho coste, resultando así un concepto indeterminado y ambiguo como, ambigua resulta también el dato de la posibilidad del banco de repercutir los gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada. Sobre esto último no parece extraña entonces la afirmación de Dña. ~~...~~ cuando afirmaba que para el caso de cancelación, simplemente había de devolver lo percibido.

- Entiende que en todo caso el contrato de cobertura de los tipos de interés quedaba referido a la multilínea que acababa de concertar con BANKINTER y más concretamente del capital del que efectivamente dispusiera y que de forma simultánea firmaba con el anterior. Sobre este punto, tan sólo media la información que ofrece D. Rafael que asegura haber explicado tal particular a la legal representante de *...*

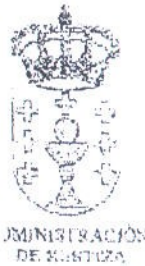
Se ha de concluir en base a la prueba practicada, que en el presente caso resulta patente que la demandada no cumplió con las exigencias legales que se cifran en la normativa referida y que no informó a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato en los términos que se exponen en los fundamentos anteriores, como tampoco de que el producto ofertado quedaba caracterizado por su algo riesgo, dependiente de la evolución del mercado, y que, por su propia naturaleza, entraña operaciones complejas, y 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 -así va a quedar reflejado en el contrato- reconoce a *...* como una empresa minorista, sin experiencia en la contratación de productos del tipo del proyectado y sin que se advirtiera en los responsables solidarios de la misma un conocimiento contable superior a la media española.

Pero es que es más, el Banco propicia un producto poco acorde con las características del cliente e incluso en algunos puntos de la declaración de D. Rafael pareciera que éste mismo desconociera la verdadera esencia del producto al tiempo de u firma:

- A la fecha de la firma del swap, *...* mantenía tres contratos de leasing a interés variable con el BANCO *...* y un total de tres préstamos personales a tipo fijo con la misma entidad bancaria. Los tres contratos a interés variable suponían un nominal total de 137,838€ ignorándose, además y en todo caso el dato esencial del posible capital amortizado en la fecha de suscripción del swap. Se ignora si la línea de crédito había sido pactada a un tipo de interés fijo o variable, pues como ya se ha



MINISTERIO DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

advertido, faltan al documento nº las hojas relativas a dicha información. Solo se cuenta en este sentido con la declaración de D. Rafael, que afirma, sin que sobre este dato exista mayor elemento de prueba en autos, que necesariamente había de haberse pactado a tipo variable. De lo anterior se extrae una primera conclusión: la nula utilidad del swap para *Maria* respecto de los tres préstamos personales que *Maria* había concertado con BANCO *Maria* a tipo fijo y por un nominal total de casi 60.000€, desde el mismo momento de la inexistencia de riesgo financiero alguno respecto de los mismos, que habrían de desarrollarse al margen de la evolución de los tipos de interés. Y sobre este particular un dato relevante ha de ponerse de manifiesto, y es que D. Rafael, a preguntas del Tribunal, refiere que desconocía y desconoce los tipos de interés, si fijos o variables que marcaban los productos de financiación del cliente con otras entidades bancarias.

- \* Afirma BANKINTER que el nominal del contrato se fijó considerando el nivel de endeudamiento que pesaba de forma general sobre el patrimonio de la hoy actora, más la cifra, es desde luego abultada y no conforme con la realidad del dato expuesto: los contratos a interés variable suscritos por la parte con anterioridad al swap (los tres contratos a interés variable con el BANCO *Maria* y la multilínea con BANKINTER) no superaban la suma de 237.838€, sin olvidarse el dato ya apuntado del capital amortizado de los tres primeros, habiendo de considerarse que en ningún caso y dentro de aquel endeudamiento global pueda considerarse incluidas las dos disposiciones de capital que sobre la multilínea pactada realizada *Maria* con posterioridad a su firma: primero, porque como se dicen, son de fecha posterior y segundo porque como se aprecia del "ANEXO AL CONTRATO DE MULTILÍNEA DE FINANCIACIÓN PARA EMPRESAS SUSCRITO ENTRE BANKINTER Y *Maria*", la parte actora dispone de un capital de 10.078,46 con fecha de 3 de junio de 2008 a través de la suscripción de un contrato de arrendamiento financiero con la entidad de crédito, y que tal y como se deriva del citado anexo el riesgo crediticio autorizado por el Banco para el producto de leasing, quedó reducido en la cuantía del citado contrato de leasing. Se habla de una segunda disposición de 20.000€, pero de la misma ni rastro queda en autos, si bien es reconocida por Dña. *Maria* como administradora solidaria de la actora. Es decir, el capital dispuestos ya se había computado como riesgo empresarial, la disposición más tarde realizada, era de imposible conocimiento al tiempo de suscripción del swap por ninguna de ambas partes contratantes y lo que la entidad bancaria hace al tiempo de contestar la demanda es "cuadrar una cuenta imposible" computando dos veces lo mismo.



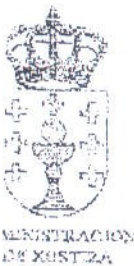
REGISTRACIÓN  
DE LA PROPIEDAD

**SEXTO.** - Pues bien, en ausencia de esa información completa y detallada sobre el producto que contrataba, la legal representante de *Mina*, firma el contrato. Con tales antecedentes, no parece descabellado entender que la anterior no se parase a leer con detenimiento el documento que se le presentaba. Si a ello se suma el dato de que la anterior carecía de especiales conocimientos en materia financiera, y que nos encontramos ante un producto que, por más que se haya generalizado durante estos últimos años, sigue resultando extraño para los no iniciados a la hora de valorar el verdadero significado de lo que representa el intercambio en el pago de intereses con una entidad bancaria, se comprenden fácilmente las dificultades para entenderlo y que Dña. *Mina* llegase a la conclusión equivocada de que el producto contratado le aseguraba frente a la subida de intereses pero sin que ello supusiera asumir por su parte ningún riesgo.

De hecho, la demandante vincula el contrato de gestión de riesgos financieros con la línea de crédito que había suscrito con la entidad demandada el mismo día, y es lógico que así lo hiciera si se tiene en cuenta esa sucesión temporal de ambos contratos, que eran los únicos que había celebrado con BANKINTER.

Ciertamente, las condiciones generales del contrato se refieren a la actividad mercantil del cliente y a los riesgos financieros a los que se ve expuesto por razón de la misma. Sin embargo, más allá de esa declaración formal, y como ya se ha expuesto en fundamentos anteriores, el banco desconocía el riesgo financiero de la entidad (D. Rafael ignora si los productos de financiación lo eran a tipo fijo o variable) que como se ha visto, resultaba notablemente inferior al considerado por Bankinter, que en consecuencia no acredita que el nominal contratado en el producto Clip Bankinter se correspondiera con la cuantía de los créditos contraídos con terceros por la actora, y mucho menos que fuera ésta la que elijiese de motu propio esa cuantía, sin olvidar que se trataba de un dato esencial por cuanto había de servir como valor de referencia a la hora de efectuar las liquidaciones periódicas correspondientes, y que necesariamente debió ser valorado por el Banco sobre la base de la información que el propio cliente le hubiese suministrado al respecto o que ella misma hubiese obtenido. En este punto ha de destacarse que la información obtenida de la central de riesgos del Banco de España es aportada a los autos a instancias de este Juzgado y que en ningún caso el banco llega a adjuntar junto con su escrito de demanda, la que previamente hubiere instado él mismo a los fines del contrato celebrado.

La ausencia de esa vinculación, no ya sólo con respecto al contrato de crédito, sino también con relación a los riesgos generales de la empresa demandante, refuerza el carácter especulativo de la operación, y la importante cuantía del nominal contratado eleva el riesgo de la misma a cotas que indudablemente aquélla no pretendía asumir. De todo ello cabe concluir que, a falta de una información correcta y adecuada sobre las características de una permuta financiera de tipos de interés que la demandada estaba obligada a proporcionarle, cuando la demandante prestó su consentimiento para la



celebración del contrato lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba, sin conocer las implicaciones del producto que contrataba y del verdadero riesgo que asumía, ya que su único interés consistía en disponer de un instrumento de cobertura que le asegurase frente a un elevado de pago de intereses en una póliza de crédito por importe de 100.000 €. Incurrió, por tanto, en un error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

**SEPTIMO.-** La cuestión que se plantea entonces es la de determinar si dicho error es o no excusable. A este respecto, atendidos los criterios anteriormente señalados para apreciar la excusabilidad del error, debe tenerse en cuenta el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes, por un lado la demandada, como comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro la demandante, una pequeña empresa minorista dedicada al transporte, que no consta que cuente con un personal cualificado con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que representa un producto financiero de alto riesgo como se afirma de adverso (en ningún caso se acredita por la demandada la condición del segundo administrador solidaria de                      de asesor legal de una entidad bancaria; se refiere por Dña.                      con título universitario, que trabaja como informático en una entidad financiera)

Bien es verdad que en las condiciones generales del contrato se expone que los instrumentos financieros que el cliente suscribe conllevan un cierto grado de riesgo. Sin embargo, ese riesgo no aparece debidamente especificado al referirse a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, que el cliente no tenía por qué conocer y que no consta que le fueron convenientemente explicados. Es más, se afirma que, en caso de que la evolución de esos tipos sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados (que tampoco se especifican), se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente, es decir, que éste podría no llegar a obtener ningún beneficio, pero sin que se precise, por el contrario, que pudiera sufrir pérdidas y menos en la entidad que se llegaron a producir. En la cláusula 3ª se establece que el producto implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente, pero nuevamente se omite que al finalizar la vigencia del contrato éste pudiera verse perjudicado teniendo que arrostrar importantes pérdidas económicas.

↙  
Pérdidas que por mucho que se esfuerce Dña. Belén, testigo perito que es llamada a declarar a instancias de BANKINTER, jamás podrán ser equiparados a los que asume el cliente: el riesgo que BANKINTER asume frente al cliente lo traslada al mercado contratando a su vez el producto con otras entidades y con las mismas características, de manera que si el cliente gana también lo hace el Banco. A continuación expone la anterior que si el cliente pierde, también lo hace BANKINTER,



REGISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

más olvida decir que es el cliente el que pura y simplemente contrae una deuda con el Banco, que necesariamente y por pura lógica de las cosas ha de obtener alguna suerte de beneficio a través de la comisión que previsiblemente ha de percibir del mercado mayorista. Este órgano de instancia ha tenido oportunidad de oír a la misma testigo con motivo de otros procesos en los que ha intervenido y precisamente con motivo de este tipo de contratos, declaraciones en las que efectivamente, confirma tal extremo.

La cláusula 6ª de Las condiciones generales otorga al cliente la facultad de cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares, denominadas ventanas de cancelación, y se dice que el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado (nuevamente sin especificar cuáles) en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado, omitiendo una vez más cualquier mención a que dicha cancelación pudiera arrojar un resultado negativo y comportar una pérdida para el cliente. En las condiciones particulares se establecían esas ventanas de cancelación con relación a fechas concretas durante el periodo de vigencia del producto contratado, en las que Bankinter se comprometía a ofrecer un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de ellas, algo que no consta que se hubiera hecho con anterioridad a que la demandante ordenase la cancelación. Las mismas condiciones particulares se refieren a las liquidaciones trimestrales que se realizarían con el resultante neto entre lo que el cliente paga y lo que el cliente recibe. En cuanto a lo primero se establecía un tipo fijo pero referenciado al Euribor a tres meses a partir del tercer trimestre, y en cuanto a lo segundo el tipo era el Euribor a tres meses. En ningún caso se llega a especificar la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos de las liquidaciones y tampoco se justificaron posteriormente al llevar a cabo cada una de ellas, constando únicamente los abonos en la cuenta asociada. Más aún, caso de que el cliente optase por la cancelación anticipada, además de no habersele ofrecido un precio de cancelación, como el Banco de había obligado a hacer, tampoco se especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos que darían como resultado ese valor liquidativo.

Así pues, si no se facilitó a la demandante la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y si, no pudiendo presumirse que aquélla tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía, de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable. Así pues, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005, entre otras muchas).



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

Deberá procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas, operación tras la cual, y sin oposición de la demandada, resulta un saldo acreedor de 82,23€, cantidad respecto de la cual procede aplicar el art. 1.100, 1.101 y 1.108 CC.

**OCTAVO.**- La declaración de nulidad que de forma principal se insta, en ningún caso puede derivar en la estimación de la petición que de forma accesoria se insta en cuanto a la condena de Bankinter a devolver las cantidades que eventualmente se carguen a la actora en virtud de liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de riesgos financieros en tanto no medie la firmeza de la sentencia, por cuanto que tal pronunciamiento de futuro, como tal, resulta incompatible con los principios del procedimiento, lo cual se entiende sin perjuicio de las facultades de la parte de instar la ejecución provisional de sentencia. Respecto de la condena a la demandada al pago de los intereses que legamente correspondan desde la fecha de la irregular suscripción de los contratos, el pronunciamiento queda implícito en la declaración de nulidad con todos sus efectos.

**NOVENO.**- Se ha producido una estimación esencial y sustancial de la pretensión actora, salvo el pronunciamiento que se expone en el fundamento anterior, de naturaleza puramente instrumental con relación al principal que es objeto de estimación, habiendo en consecuencia e aplicarse en materia de costa, lo dispuesto en el art. 394.1 LEC

Vistos los anteriores preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación

### FALLO

Que estimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fátima Portabales en la representación de ~~XXXXXXXXXX~~, 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 ~~XXXXXXXXXX~~, S.L. y BANKINTER con fecha de 15 de abril de 2008 condenando a la demandada a pagar a ~~XXXXXXXXXX~~ la cantidad de 82,23€, intereses y costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, haciéndoles saber que no es firme y contra ella cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación, siendo competente para resolverlo la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra. Hágase saber a las partes la necesidad de constitución de un





REGISTRACION  
DE COSTAS



REGISTRACION  
DE JUSTICIA

depósito de 50 euros para la interposición del recurso, bajo expreso apercibimiento de su no admisión a trámite, habiéndose de adjuntar junto con el escrito de preparación, resguardo de ingreso de la cantidad arriba indicada en la cuenta de consignaciones de este Juzgado.

Así lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la magistrada-juez que la suscribe en audiencia pública y en el día de su fecha. Doy fe.