

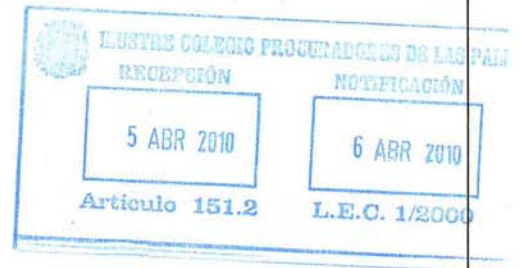


Do D. OCTAVIO SUAREZ SILVA

Juzgado de Primera Instancia Nº 11 Procedimiento: JUICIO ORDINARIO
Plaza de San Agustín nº6 -1ªPlanta Nº procedimiento: 0001143/2009
Las Palmas de Gran Canaria

NIG: 3501630120090019904

RUTH ARENCIBIA AFONSO
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
C/. Fernando Galván, Nº 10 - 2º
Fax/Tlf.: 928 335 783 - Móvil: 629 083 552
35001 VEGUETA - Las Palmas de G.C.



SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 29 de marzo de 2010.

La Iltrma. Sra. Dña. **Margarita Hidalgo Bilbao**, **MAGISTRADO-JUEZ** del Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Las Palmas de Gran Canaria y su Partido Judicial, habiendo visto los presentes autos de JUICIO ORDINARIO seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante D./Dña. Transportes Abianyera S.L. representado por el/la Procurador/a D./Dña. Ruth Arencibia Afonso y asistido del/de la Letrado/a D./Dña. Octavio Suarez Silva, y de otra, como demandado D./Dña. Bankinter S.A representado por el/la Procurador/a D./Dña. Antonio Vega Gonzalez y asistido del/de la Letrado/a D./Dña. Antonio Mesa Artilles sobre reclamación de cantidad, y atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTE DE HECHOS

PRIMERO.- Que por la referida parte actora se dedujo demanda origen de los presentes autos, en base a los hechos y fundamentos de derechos que estimaba de aplicación, suplicando que, se tuviera por presentado dicho escrito con los documentos que acompañaba y previos los trámites legales dictara sentencia por la que se declarase:

1º.-La nulidad de los contratos de "Condiciones Generales del Contrato de Riesgos Financieros" y "Condiciones Particulares de Gestión de Riesgos Financieros" suscritos en Octubre de 2007 y que se acompañan como Documentos nº 2 y 3, así como la nulidad del contrato de "Condiciones Particulares de Gestión de Riesgos Financieros" suscrito el 23 de Octubre de 2008 y que se adjunta como Documento nº 4.

2º.- CON CARÁCTER SUBSIDIARIO, que se declare la nulidad de las cláusulas relativas al vencimiento anticipado incluidas en los contratos referidos en el punto precedente, y consiguientemente la nulidad de los mismos.

3º.- Que en ambos casos, se condene a la entidad demandada a abonar a la actora la cantidad de 1.267,77 recibida como consecuencia de las liquidaciones trimestrales una vez descontados los importes abonados a la actora igualmente por liquidaciones trimestrales, todo ello en relación al contrato suscrito en Octubre de 2007 y adjunto como Documento nº 3; y la cantidad de 1.971,78 euros recibida por igual concepto respecto del contrato de fecha 23 de Octubre de 2008 y acompañado como Documento nº 4; así como las cantidades de 8.508,45 euros y 20.966,61 euros, cobradas respectivamente por cada contrato, como consecuencia de su cancelación anticipada. Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha del cobro, que se verá incrementado en 2 puntos desde la Sentencia.





4º.- CON CARÁCTER SUBSIDIARIO de los anteriores pedimentos, que se declare la nulidad de las cláusulas relativas al vencimiento anticipado incluidas en los contratos referidos en el anterior punto A), condenando a la entidad demandada a abonar a la actora las cantidades de 8.508,45 euros y 20.966,61 euros que con relación a cada uno de los contratos percibió con fecha 12-05-09, más el interés legal del dinero desde dicha fecha, que se verá incrementado en 2 puntos desde la Sentencia.

5º.- Igualmente CON CARÁCTER SUBSIDIARIO de los anteriores pedimentos, que se declaren como indebidos los cobros efectuados por la entidad demandada como consecuencia de la cancelación anticipada de ambos contratos, condenándola a abonar a la actora las cantidades de 8.508,45 euros y 20.966,61 euros que con relación a cada uno de los contratos percibió con fecha 12-05-09, más el interés legal del dinero desde dicha fecha, que se verá incrementado en 2 puntos desde la Sentencia.

6º.- Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda y se dio traslado de ella a la parte demandada, para que en el plazo de veinte días compareciera y contestara a la demanda, lo que así hizo, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, convocándose a ambas partes a la celebración de la audiencia previa, en el que se afirmaron en sus respectivos escritos, solicitando se recibiera el pleito a prueba. Admitida la prueba, se practicó en el acto del juicio con el resultado que obra en autos, concediéndose a las partes el correspondiente traslado para que formularan sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y sobre los argumentos jurídicos en apoyo de sus pretensiones, declarándose los autos definitivamente conclusos para sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación de este expediente se han observado todas las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia dado el cúmulo de asuntos que penden sobre este Juzgado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la parte actora TRANSPORTES ABIANYERA, S.L., se ejercita una acción de nulidad contractual subsidiariamente en solicitud de nulidad de cláusula contractual y en ambos casos con reclamación de cantidad, contra BANKINTER, S.A., La actora es una empresa del sector del transporte, dedicada especialmente al traslado en microbuses o autobuses especiales para minusválidos, fundada por Don Antonio Valerón Cruz, fallecido con fecha 19-05-08 momento a partir del cual se hicieron cargo de la empresa sus hijo Don Abián y Don Yeray Valerón Suárez.

Fundamenta su pretensión la parte actora, en los siguientes hechos: Con fecha 17-10-07 la actora, actuando por medio de su entonces administrador Don Antonio Valerón Cruz, suscribió con la entidad demandada un contrato denominado "*Condiciones Generales del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros*", así como otro con la denominación "*Condiciones Particulares del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros*", referido este último al producto ofrecido por la entidad demandada "*Clip Bankinter 07 12.2*", sobre un nominal de 300.000,00 euros; con fecha de inicio el 17-10-07 y vencimiento el 19-04-10. Es de destacar que la contratación se llevó a efecto después de haber vencido el plazo de comercialización estipulado para el producto, que quedó fijado en el 11-10-07. La razón que llevó a la actora a contratar dicho producto fue la necesidad de verse resguardada frente a las posibles subidas de los tipos de interés y los efectos que ello podrían generar en las diversas operaciones de financiación que tenía suscritas. Así, la entidad demandada aseguró a su cliente que con independencia de las condiciones de variabilidad de sus operaciones financieras, el interés máximo al que tendría





que hacer frente sería el 4,70 %, cubriendo la entidad, a modo de seguro, el resultante en aquellos supuestos en que el interés aplicable fuera superior, mediante su abono en cuenta. Esa fue la característica esencial que se resaltó a la actora. Así mismo se le indicó que el producto podría ser cancelado dentro de unas fechas determinadas, sin que conllevara coste alguna para el cliente, salvo los posibles gastos que en su caso se pudiera incurrir.

Posteriormente, con fecha 23-10-08 la actora suscribió un nuevo documento de "*Condiciones Particulares del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros*", referido esta vez al producto denominado "*Clip Bankinter TOP Tunel 8.8*", sobre un nominal de 500.000,00 euros, con fecha de inicio el 05-11-08 y vencimiento el 05-05-11. Esta vez actuaron en nombre de la actora Don Yeray y Don Abián Valerón Suárez, al haber fallecido su padre y anterior administrador. Las razones que llevaron a la actora a contratar dicho producto, fueron nuevamente los argumentos expuestos por la entidad demandada, en cuanto a que el mismo permitiría contrarrestar los efectos que la subida de tipos de interés tendría sobre una nueva operación de financiación, en cuanto a que con independencia de las condiciones de variabilidad de sus operaciones financieras, el interés máximo al que tendría que hacer frente sería esta vez del 4,50 %, cubriendo la entidad, a modo de seguro, el resultante en aquellos supuestos en que el interés aplicable fuera superior, mediante su abono en cuenta; y que tendría la posibilidad de cancelar el contrato sin coste alguno. En aras a incentivar la suscripción, la entidad demandada no tuvo el menor reparo en hacer mención al precedente contractual existente, suscrito entonces por el padre de los ahora administradores. Estos siendo personas con nulos conocimientos financieros y que por tanto desconocían por completo el alcance de su decisión, accedieron a la contratación a la vista de la confianza que hasta entonces le merecía la entidad demandada.

A partir de Noviembre de 2008, como efecto de la crisis financiera desatada, cuando la deriva de los tipos de interés experimentó una espectacular modificación, alterándose sustancialmente las circunstancias hasta entonces existentes. En el informe tomado de la página web del Banco de España, en el que se consta la excepcional variación que se produce en el índice EURIBOR a partir del mes de Noviembre de 2008 y sucesivos. En tales circunstancias, lo que hasta entonces habían sido operaciones sin efectos reseñables, dados los importes mínimos abonados por la entidad demandada, pasaron a suponer pesadas cargas para la actora, quien veía como la misma, en Abril y Mayo de 2009, le cargaba en cuenta cantidades desmesuradas, sin que a su parecer tales adeudos estuvieran amparados en forma alguna. Sería a raíz de las reclamaciones formuladas por tales cargos que se consideraban absolutamente indebidos, cuando la entidad demandada informó a la actora sobre otra de las características esenciales del contrato, respecto de la que hasta entonces nada había dicho. Fue entonces cuando explicó a la actora que el tipo fijado como máximo a pagar, también tenía la consideración de mínimo, por lo que si el índice de referencia (EUR1BOR A 3 MESES) se situaba por debajo de dicho tipo, era la actora quien tenía que compensar a la entidad demandada, mediante el consiguiente adeudo en cuenta por el diferencial resultante.

Como las características de los productos no se correspondía en absoluto con lo informado a suscribir los mismos, la actora ordenó la cancelación de ambos contratos, ya que su actividad no le permitiría atender la avalancha de cargos que se girarían contra su cuenta corriente y que cualquier reclamación que por su parte se interpusiera, en modo alguno paralizaría los mismos. Para lo cual suscribió cuantos documentos le fueron pasados a la firma. Así, con fecha valor 12-05-09 la entidad demandada efectuó sendos cargos en la cuenta corriente de la actora, por importe de 8.508,45 euros y 20.966,61 euros, respectivamente. Pese a que, contravenían la información que le fue facilitada en el momento de la contratación, en cuanto a que su cancelación no supondría el abono de contraprestación alguna por su parte.

SEGUNDO.- El demandado se opone señalando que: No es cierto que no facilitara información previa a la actora; BANKINTER, S.A. informó a la demandante del riesgo que asumía en el supuesto de un escenario de bajada de tipos de interés; y BANKINTER, S.A. dio a conocer a la





actora, con carácter previo a la firma, las condiciones de cancelación del producto.

Los términos en que se encuentran redactados los párrafos s de las condiciones generales del contrato son claros para que quien plasma su firma advierta fácilmente que suscribe un producto que entraña riesgo (expositivo II), que con ocasión de las liquidaciones podrán realizarse abonos o cargos en la cuenta que designe (cláusula 3) y que, caso de solicitar la cancelación anticipada deberá afrontar unos gastos que vendrán determinados por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado (cláusula 6).

La actora debió de contar con asesores financieros que aconsejen a los administradores respecto de la conveniencia de suscribir el producto, y máxime si, como se afirma por la actora, carecían de conocimientos al respecto, ya que caso contrario podrían incurrir en negligencia en el desempeño de sus cargos sociales. No obstante al final de las condiciones particulares de fecha 23 de Octubre de 2.008 (documento 4) Don Abián y Don Yeray Valerón Suárez, como representantes de la mercantil demandada afirmaran expresamente

"conocer las características del producto y entender el riesgo que asume con su contratación" y que tenían "experiencias en la contratación de productos de esta naturaleza en los últimos años".

Los clientes conocen desde hace más de año y medio, el signo y cuantía de las liquidaciones trimestrales dependerá de los compromisos de pago asumidos por las partes en cada una de las condiciones particulares del contrato.

TERCERO.- Expuestos así, en esencia, los términos en que aparece planteado el litigio en lo que a la pretensión de nulidad contractual se refiere, bueno será comenzar recordando que, el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar un servicio y se perfeccionan por el mero consentimiento, concurriendo el objeto y la causa, cualquiera que sea su forma como regla general y desde entonces tiene fuera de ley entre las partes contratantes y obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias, que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, todo ello de acuerdo a las normas generales de las obligaciones y contratos, en especial los art. 1.088, 1.091, 1.254, 1.258, 1.261, y 1.278 CC, sin que la validez y cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y por otro lado, que en virtud del principio de libertad de pactos que establece el art. 1.255 CC no existe en nuestro derecho un "numerus clausus" de contratos y de ahí que al lado de los nominados o típicos sean válidos también los innominados o atípicos, que a diferencia de aquellos, se regirán, en primer lugar por lo convenido por sus propias partes, y en su defecto, por las normas de los contratos nominados que le sean afines y, en último término, por los principios generales de las obligaciones o contratos.

A la anterior doctrina debemos añadir que, como establece el 1.265 CC el consentimiento será nulo si se presta por error, violencia, intimidación o dolo, añadiendo el art. 1.266 CC que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. La acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado por los contratantes en el momento de perfeccionarse el contrato, según reiterada jurisprudencia para que pueda llegar a tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato queda condicionada a la concurrencia en el caso de determinados requisitos, que sea esencial e inexcusable; también que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga; y que no se haya podido evitar con una regular diligencia.

CUARTO.- La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se





perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros. En este sentido, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 13-11-2008, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección, tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. Desde esta perspectiva, importa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato litigioso, anterior, por tanto, a la reforma introducida por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, tras declarar en su art. 2 .b) incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no, ya establecía en el art. 78 .1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía, y en el art. 79.1, apartados a), c) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuese propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados. En desarrollo de tales previsiones legislativas, el RD 629/1993, de 3 de mayo, a la sazón también vigente cuando se celebró el contrato objeto de este pleito, pues fue modifica parcialmente el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, establecía en su art. 16 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de la operación, debiendo además informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, e incorporaba como Anexo un Código general de conducta en los mercados de valores en el que se establecía la obligación de las entidades de solicitar se sus clientes la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (art. 4.1) la obligación de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, precisando además que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (art. 5, apartados 1 y 3). Todo ello ha permitido al Servicio de Reclamaciones



del Banco de España, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, aunque referido a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establecer el criterio que expresa su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la del año 2008 (páginas 116 y 117 y 135 y 136, respectivamente, que pueden consultarse en su página web) de que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias. A ese deber de información en la fase precontractual se refiere también la SAP Jaén (Secc. 3ª) 27-3-2009, destacando al efecto que la tendencia del legislador ha sido, si cabe, más proteccionista de la clientela y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras, y señala que los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos. Y así lo entiende también el citado Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en un informe de fecha 24-6-2009, y tratándose igualmente de una permuta financiera, bien que vinculada a la cobertura del riesgo de interés de un préstamo hipotecario, lo que -dicho sea de paso- le otorgaba un carácter no especulativo, a diferencia de lo que sucede en este caso como después se verá, advierte, no sólo que se trata de un producto cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, indicando sus características principales sin omisiones significativas, sino también de que entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que, en determinadas circunstancias, pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes de su vencimiento, entendiéndose por ello que las entidades que diseñan y ofrecen esos productos a la clientela deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

QUINTO.- El primer contrato celebrado entre los litigantes cuya nulidad se postula se denomina contrato de gestión de riesgos financieros y cuenta con unas condiciones generales, en las que se fija el marco aplicable al conjunto de instrumentos financieros que, ofrecidos por el Banco, el Cliente decidiera contratar, y unas condiciones particulares referidas a un producto concreto que se denomina "Clip Bankinter 07 12.2", ambos documentos suscritos en la misma fecha (documentos nº 2 y 3º de los aportados con la demanda)

En su contestación la demandada señala, que al contratar se sabía que era un producto de riesgo pues así consta en las condiciones generales del contrato, sin embargo, no nos cabe duda de que se trata de un contrato tipo, de adhesión, sin que conste, ninguna información adicional, salvo la declaración del demandado de que le leyó en el primer contrato tanto las condiciones generales como las particulares, pues en el segundo Clip 3º contrato de 2008 los clientes del banco afirman (interrogatorio de parte) se limitaron a firmar y la X donde declaran conocer el producto y tener contratados productos de igual naturaleza, estaban puestas.

El representante legal de la actora que depuso en estas actuaciones, D. Graciliano, señala que es un producto para estabilizar los costes financieros, si sube se les paga y se baja tienen liquidaciones negativas, salvo esta explicación y que desconoce lo que es un SWAPS, no manifestó que información a parte de la escrita en los contratos se le facilitó a la actora, no prueba que se les explicara el producto.

SEXTO.- Señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 26-4-2006, 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, en el presente caso resulta patente que la demandada no cumplió con tal exigencia y no informó a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y el significado y alcance de sus cláusulas. Si a ello se añade que no consta que los administradores cuenten con especiales conocimientos en materia financiera, tratándose de un producto que, por más que se haya generalizado durante estos últimos años, sobre todo asociado a operaciones de préstamo hipotecario a interés variable, 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 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. D. Yeray Valerón, administrador de la actora señala que se le dijo que era un seguro, y que no le dijo que si los intereses bajaban había una pérdida para el cliente. 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 una subida del tipo de interés. 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, 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 familiar 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, aunque supiera que lo que contrataba tenía este nombre y el desconocimiento total de que la indemnizaciones, a las que ya ha hecho frente la actora, alcanzaran estos importes. 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, como señala, 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 tampoco 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. En la cláusula 3 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 arrastrar importantes pérdidas económicas. Es más, tal





y como lo explica la testigo D^a Belen, empleada de BANKINTER, concedora del producto, este contrata 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, pero si pierde es aquél el único perjudicado al contraer una deuda con el Banco, que obtiene en todo caso un beneficio a través de la comisión que percibe acudiendo al mercado mayorista.

OCTAVO.- La cláusula 6 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. No se especifica 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, constanding únicamente los abonos en la cuenta asociada, alegados por la actora. 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, y cuando se produjo efectivamente dicha cancelación con efectos del 15-5-2009, se limitó a comunicar a la demandante el resultado de la misma, sin embargo de forma estimada (documento nº 6 aportado con la demanda), sin haber ofrecido ninguna otra explicación, es mas consta en este documento nº6 que el importe definitivo de la cancelación, no será conocido por el cliente hasta que no se cancele el producto, por lo que la liquidación definitiva puede diferir de la orientativa, esto lo tiene que firmar la actora para cancelar el CLIP y la definitiva la sabe al cargarse en su cuenta. 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.

NOVENO.- Así pues, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación de consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad de los contratos, 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), de acuerdo con el petitum de la demanda.

DECIMO.- Por lo que habrá de dictarse una sentencia estimatoria. Condenando a la demandada al pago de 32.714,61 €, además del principal, el obligado al pago deberá hacer efectivos los intereses legales del dinero, en este caso los que correspondan desde la fecha de la liquidación por el Banco, el 5 de mayo de 2.009, con relación a los 1.971,78 € y desde el 15 de mayo del 2.009 la cantidad restante objeto de condena, todo ello conforme a lo establecido en el art. 1.108 CC. Intereses que desde la fecha de esta sentencia, se incrementaran en dos puntos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,





UNDECIMO.- Que en cuanto a las costas, rige el principio del vencimiento establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo ser impuestas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por D^a. Ruth Arencibia Afonso, Procuradora de los Tribunales y de TRANSPORTES ABIANYERA, S.L. contra BANKINTER, S.A.

1º.- Debo declarar y declaro resueltos los contratos de "Condiciones Generales del Contrato de Riesgos Financieros" y "Condiciones Particulares de Gestión de Riesgos Financieros" de Octubre de 2007 y el contrato de "Condiciones Particulares de Gestión de Riesgos Financieros" de 23 de Octubre de 2008, suscritos por las partes en este procedimiento.

2º.- Debo condenar y condeno a la parte demandada al pago de 32.714,61 euros, más los intereses de dicha cantidad en la forma que se determina en el fundamento decimo de esta resolución.

3º.- Imponiendo las costas a la parte demandada.

Esta resolución no es firme. Contra la misma cabe recurso de apelación conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que se preparará mediante escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días hábiles, con expresión de los pronunciamientos que impugna (art. 457.2 LEC). La competencia para resolverlo corresponderá a la Audiencia Provincial.

Previamente a la interposición, la parte recurrente deberá consignar un depósito de CINCUENTA euros, en la cuenta de consignaciones de este Juzgado (3544 0000 04 1143 09). En caso de no ingresarse no cabrá la admisión a trámite. [D.A. Décimo quinta de la L.O. 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, tras la reforma operada en el artículo diecinueve de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre (BOE 4 de Noviembre de 2009)].

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Las Palmas de Gran Canaria.

