

Juzgado de Primera Instancia núm. 35 Barcelona  
Gran Via de les Corts Catalanes, 111  
08014 Barcelona

Procedimiento: Procedimiento ordinario 1772/2009 D2

PARTE DEMANDANTE  
PROCURADOR  
PARTE DEMANDADA BANKINTER,S.A.  
PROCURADOR RICARD SIMO PASCUAL

### SENTENCIA núm. 132/10

En Barcelona, a seis de mayo de dos mil diez.

El ilmo. Sr. Don Manuel Horacio García Rodríguez, Magistrado-Juez de Primera Instancia Núm. 35 de esta Ciudad, ha visto los precedentes autos de Procedimiento Ordinario Núm. 1.772/2009-D2, sobre nulidad de contrato, seguidos a instancia de \_\_\_\_\_ S.L. representado por el Procurador Sr./a \_\_\_\_\_, y asistido por el Letrado Sr/a \_\_\_\_\_,

contra Bankinter, S.A., representada por el Procurador Sr. Ricard Simó y asistida por el Letrado Sr. Joaquín González Roquette y \_\_\_\_\_

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se formuló demanda y conferido traslado al/los demandado/s para que la contestase/n en el plazo legal, lo hizo con el resultado que obra en autos y recibido el pleito a prueba se admitió la considerada pertinente, practicándose con el contenido que aparece en autos.

SEGUNDO.- Conclusos los autos de acordó traerlos a la vista para sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora, \_\_\_\_\_, mercantil dedicada a la fundición de aluminio y reciclaje de chatarra, con fundamento en la Ley de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 julio), la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) y la normativa general de los contratos contenida en el C. civil (Arts. 1.261 y concordantes), ejercita de forma acumulada, en relación con el Contrato de Gestión de Riesgos Financieros concertado, en fecha 10 de mayo de 2.007, con la demandada Bankinter S.A.,

las siguientes acciones: 1) Una principal, de nulidad por error en la esencia del objeto y las condiciones que dieron motivo a celebrarlo, alegando, en síntesis, que: (i) El producto se le vendió como un seguro para cubrir los intereses del "leasing" que había solicitado a la misma entidad bancaria; (ii) No se le informó adecuadamente de que pudieran existir pérdidas (Cláusula 3ª), ni mucho menos tan desproporcionadas como las que se le giraron a partir del 5 de mayo de 2.008, como tampoco de las leoninas condiciones de cancelación (Cláusula 6ª); 2) Subsidiariamente, también se solicita la nulidad por infringir la normativa de consumo y la de condiciones generales de contratación, y así: (i) Se trata de un contrato tipo que no se ajusta al R. Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, vigente en aquel momento, que remite a la de protección de consumidores, existiendo múltiples cláusulas abusivas que producen un importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, como la contenida en la Cláusula General 6ª que autoriza al Banco a resolver el contrato cuando varíen sustancialmente las circunstancias sin penalización alguna, mientras el consumidor debe satisfacer una importante penalización; el nimio beneficio para el cliente y la contrapartida del riesgo de importantes pérdidas, pues el banco debía conocer la evolución de los tipos de interés, y, finalmente, porque no se alcanza a comprender cómo se establece un capital de 300.000 Euros cuando el "leasing" contratado con el cliente le suponía un precio, antes de impuestos, de 17.025,89 €; (ii) Estamos ante un contrato con cláusulas abusivas, que también es nulo de acuerdo con lo establecido en el Art. 8 de la L. Condiciones Generales de la Contratación; y (iii) La nulidad del contrato ha de comportar la devolución de las cantidades abonadas y percibidas por ambas partes; 3) También de forma subsidiaria, de acuerdo con la citada Ley, la nulidad o no incorporación del Condicionado Particular del Contrato, así como de las Condiciones Generales 5 y 6, por ser notoriamente abusivo, lo que acarrearía la nulidad total del contrato que no podría desplegar efecto alguno, o bien la inoponibilidad al adherente (Art. 7 y 8 LCGC), al tratarse de un contrato de adhesión en el que el cliente no ha tenido oportunidad de conocer la totalidad de las cláusulas; y 4) Por último, e igualmente de forma subsidiaria, el incumplimiento contractual pues la gestión de los riesgos financieros del actor ha sido "nefasta", debiendo haber previsto el banco demandado la notoria bajada de los tipos de interés, por lo que no ha asesorado a su cliente de forma adecuada.

Frente a ello la entidad demandada, Bankinter S.A., rechaza todas las pretensiones alegando, sustancialmente, que: 1) El contrato suscrito por las partes no es un seguro, sino un instrumento financiero de cobertura de tipos totalmente independiente del leasing suscrito por las partes veinte días después, el 30 de mayo de 2.007; 2) El cliente Sr. \_\_\_\_\_, licenciado en Química y administrador de la sociedad, fue informado de forma completa y exhaustiva de las condiciones del mismo con tiempo y oportunidad para reflexionar sobre la contratación; 3) No es aplicable la normativa de consumidores; 4) El clausulado es claro, concreto y sencillo, con perfecto equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes tanto en los riesgos asumidos como en las posibilidades de resolución unilateral y gastos que ello acarrearía; 5) Niega que haya existido una conducta dolosa y desleal para con el actor, como también incumplimiento contractual; y 6) Rechaza el pago de cualquier tipo de

indemnización.

SEGUNDO.- Para dar cumplida respuesta a las cuestiones planteadas deberán tenerse presentes los siguientes hechos que resultan de la prueba practicada:

A) En fecha 10 de mayo de 2.007, la mercantil actora, S.L., a través de su representante y administrador, D. , suscribió con la entidad demandada, Bankinter S.A., un Contrato de Gestión de Riesgos Financieros, denominado Clip Bankinter 07 6.3, por un nominal de 300.000 Euros, que era la posición de riesgo que la sociedad mantenía con entidades financieras, según la CIRBE (Central de Información de Riesgos del Banco de España), con fecha de inicio del producto el 16 de mayo de 2.007 y vencimiento a 3 años (17 mayo 2.010). La finalidad del contrato, como se explica en la Cláusula Primera, era facilitar una mejor gestión por el cliente de la totalidad o parte de los riesgos financieros asumidos por la mercantil con cualquier entidad financiera. Se trataba de un contrato de cobertura frente a eventuales subidas del tipo de interés referenciado al Euribor. Las condiciones del producto eran las siguientes: 1) El cliente recibía durante toda la vigencia del contrato el Euribor a 3 meses, y pagaba el primer trimestre el 3'95 %; los trimestres 2 a 3 el 4'15 %, si el Euribor a 3 meses era menor o igual al 4'45 %; o Euribor a 3 meses menos 0'10 %, si era mayor al 4'45 %; y los trimestres siguientes (4 a 12) el 4'45 % si el Euribor a 3 meses es menor o igual al 4'85 % o Euribor a 3 meses menos 0'10 si el Euribor a 3 meses es superior al 4'85 %; 2) A la vista de lo expuesto, el producto ofrece una protección o mitigación del riesgo de subida del Euribor, si bien con unas determinadas barreras: el 4'45 % y el 4'85 % a partir de las cuales el beneficio obtenido es la bonificación de un 0'10 %. Inversamente, en un escenario de tipos de interés a la baja, las liquidaciones le van a suponer una pérdida: la diferencia entre la barrera del 4'15 ó 4'45 % y el Euribor a tres meses; 3) La liquidación se realiza por diferencias, es decir, sin entrega de títulos, cada tres meses; 4) Se establecen ventanas de cancelación, por iguales periodos, a efectos de que el cliente pueda optar por salirse de la operación, lo que implicará el pago del coste que el banco tenga que desembolsar en el mercado por deshacer la operación; y 5) Bankinter se reserva el derecho a revocar la oferta del producto cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que alteren sustancialmente la situación existente cuando se hizo la oferta. En este caso, deberá ofrecer un producto alternativo y no ha lugar a indemnización.

B) Con posterioridad, el 30 de mayo de 2.007, ambas partes contratan un "leasing" para un Furgón, Renault Trafic, por importe de 17.025,89 €, sin incluir impuestos.

C) En ejecución del contrato de gestión de riesgos, desde el 16 de agosto de 2.007 hasta el 18 de mayo de 2.009, se produjeron 8 liquidaciones, de las que cinco fueron favorables para la actora y tres desfavorables: la de 16 de mayo de 2.008 (79,20 Euros), la de 16 de febrero de 2.009 (155,46 Euros), y a de 18 de mayo de 2.009 (1.889,01 Euros). El resto positivo en el entorno de los 78 Euros.

D) En fecha 3 de junio 2009, S.L. canceló anticipadamente el leasing, y en fecha 15 de junio de 2.009 solicitó precio orientativo para la cancelación del contrato de gestión de riesgos, que fue facilitado por Bankinter en la suma de 9.146,95 Euros.

TERCERO.- Con estos antecedentes podemos entrar en el examen de las cuestiones controvertidas:

1) Error esencial en la forma del contrato.

Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo (Art. 1.266-1 C civil).

La actora funda, sustancialmente, su pretensión en que se le vendió un seguro para cubrir los intereses del leasing, lo que no puede aceptarse. El contrato de gestión de riesgos cuya nulidad se postula es totalmente independiente y autónomo del contrato de arrendamiento financiero concertado con posterioridad. Ni su objeto ni su finalidad tienen nada que ver. Recordemos que el contrato de gestión de riesgos es una cobertura de todas las posiciones financieras de la mercantil actora, en Bankinter o en otra entidad, y su nominal asciende a 300.000 Euros, que eran los riesgos reconocidos en la Central de Riesgos del Banco de España para S.L., y que se mantuvieron en el tiempo. No se comprende, en este sentido, que se tratase, como declaró en el Juicio el Sr. Peregrín, de pólizas contratadas por seguridad que casi no se utilizaron.

Y en cuanto a las personas que intervinieron en la contratación, debemos indicar que por la entidad bancaria el Sr. Ramón Laso, Director de la Agencia 17 del banco, demostró en el acto del juicio un conocimiento exhaustivo de las condiciones del producto financiero ofertado, y el Sr. es un licenciado en Química en quien cabe racionalmente suponer conocimientos financieros y de gestión empresarial para dirigir una empresa con un nivel de facturación que, aun cuando fuera excepcional, ascendió a más de 4 millones de Euros en el Ejercicio 2006 (2,6 en el Ejercicio 2004).

En cualquier caso, el producto contratado con ser complejo, en los términos que establece el Art. 79 bis de la Ley Mercado Valores (no vigente en este artículo en la fecha de la operación), está expuesto de manera clara en el condicionado y ofrece la posibilidad de conocer la posibilidad de que puedan existir beneficios y pérdidas ("anulación del beneficio económico esperado") en las liquidaciones periódicas ("positivas o negativas para el Cliente" (Cláusula 3ª). Tan sencillo como que los bancos no comercializan seguros, compran y venden dinero, y si el cliente fuera el único que obtuviese beneficios de su operativa estarían abocados a cerrar.

También se cuestiona el contrato de gestión de riesgos porque no se concreta el coste de la cancelación del producto en las ventanas trimestrales que se establecen (vencimiento de derivados) y la fórmula empleada que aparece en el Doc. 17 resulta indescifrable. Al respecto debe indicarse que al Banco le

resulta imposible determinar "a priori" el coste de cancelación porque, como se indica en la Cláusula 2ª, la base del producto es un derivado financiero (futuros sobre tipos de interés) cuyo valor no depende del banco sino del mercado, de tal manera que su precio oscilará según lo haga el futuro que se vende. Y el precio de cancelación a pagar por el cliente sólo incluye el coste que para el Banco suponga deshacer su posición en el mercado, pues no olvidemos que estos contratos son objeto de transacción y venta a terceros que también esperan obtener un beneficio. El requisito de transparencia se cumple perfectamente ofreciendo al cliente, en el momento en que lo solicite, un precio orientativo del coste.

Finalmente, se indica que no se nombra la posibilidad de que existan pérdidas, o mejor grandes pérdidas económicas, que es lo que realmente nos ha traído a este proceso, porque mientras S.L. recibió un beneficio y alguna pérdida menor no cuestionó las ventajas contractuales. Es a partir de la liquidación negativa del 16 de febrero de 2.009 (155'46 €) y sobre todo con la de 18 de mayo de 2.009 (1.889'01 Euros) cuando empieza a plantearse la continuidad del producto. Es decir, que durante dos años cumplió su cometido porque las liquidaciones le beneficiaban, pero al perjudicarle plantea la cancelación o la nulidad.

El error no puede confundirse con la falta de diligencia negocial y resulta inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia normal. Y esto es lo que sucede con el Sr. a quien debe suponérsele, por su preparación y actividad mercantil, una persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz para comprender el significado de las cláusulas contractuales.

## 2) Infracción de la normativa de consumidores.

La mercantil demandante considera que el contrato examinado y cuya nulidad se postula es un contrato tipo que infringe la normativa que regula la protección de los consumidores y para ello se apoya en: a) El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores, vigente en la fecha del contrato, en cuyo Art. 14 se dice que estos contratos deberán ajustarse, en sus características esenciales, a lo dispuesto por la Ley 26/1984 de Consumidores; y b) El Art. 10 de esta última, por considerar abusivas muchas de sus cláusulas, poco claras otras y que no respetan el justo equilibrio de prestaciones.

Este argumento no puede acogerse por la básica razón de que la mercantil actora no es un consumidor. Nos dice el TS en la Sent. de 15 de diciembre de 2.005 que: "El Art. 1, apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico. No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya que por medio de su comercialización o prestación a tercero, sea en la misma forma en que las adquirió, sea después de

transformarlas, ya utilizándolas para integrarlas en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios".

A la luz de esta doctrina, el empresario actor suscribe el contrato de gestión de riesgos financieros para procurarse una estabilidad de los tipos de interés en las posiciones de riesgo que tiene con todas las entidades, con el fin de estabilizar los costes financieros de la empresa, no para su consumo personal, familiar o doméstico, luego no puede atribuirse la condición de consumidor.

3) Infracción de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril).

Parte la actora de que estamos ante un contrato de adhesión en el que sus cláusulas no ha sido negociadas individualmente, y concluye que las Cláusulas Generales 5 y 6 son notoriamente abusivas por dos razones: una, existe un notorio desequilibrio de prestaciones y prueba de ello es que las liquidaciones negativas han llegado a alcanzar 30 veces la cifra de las liquidaciones positivas, y dos, el banco puede resolver el contrato cuando varíen sustancialmente las condiciones sin otra obligación que la de ofrecer un producto alternativo, que si no es del agrado del cliente le faculta para resolver el contrato sin penalización alguna, en tanto que si es el cliente quien quiere resolver debe abonar los costes de la cancelación, que son muy onerosos. Esta nulidad, concluye, debe acarrear la de la totalidad del contrato por carecer de objeto y causa.

También alude a la infracción de lo dispuesto en el Art. 7 de la citada Ley, habida cuenta que S.L. no tuvo oportunidad de conocer la totalidad de las cláusulas del contrato, en concreto aquéllas que se refieren a una eventual cancelación anticipada y la fórmula de cálculo es indescifrable, lo que acarrea el que no se tengan por incorporadas.

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación establece un doble mecanismo de sanción para las cláusulas contractuales que no cumplan las exigencias legales: 1) La no incorporación o inoponibilidad (Art. 7) de (i) las que el adherente no haya tenido oportunidad de conocer o no hayan sido firmadas, y (ii) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a éstas últimas, que hubiesen sido aceptadas expresamente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en un contrato; y 2) La nulidad de las cláusulas (Art. 8) que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en esta u otra Ley imperativa o prohibitiva. En particular, las abusivas cuando el contrato hubiese sido celebrado con un consumidor.

Ya hemos indicado que el Sr. \_\_\_\_\_, administrador de la mercantil actora, tuvo oportunidad de conocer las cláusulas contractuales puesto que la información ofrecida por el representante del banco fue de alta calidad para formar su decisión y tuvo tiempo para desistir de la contratación. Y las cláusulas contractuales no son ilegibles, oscuras, ambiguas e incomprensibles para un adherente medio en quien, además cabe presumir un cierto nivel cultural y conocimientos altos en materia mercantil y financiera. Dicho con otras palabras,

para llegar a tener una comprensión cabal de las condiciones contractuales no serían necesarios medios o conocimientos extraordinarios.

El ajuste del contrato a la normativa en materia de transparencia (Art. 5-3º del Anexo al R. Decreto 629/1993), aplicable singularmente a los contratos de seguros y mercado de valores, que inciden sobre campos económicos y sociales de una gran complejidad técnica, también se cumple. El clausulado no está redactado en términos muy técnicos o de difícil comprensión para un hombre medio. Las posibilidades de conocimiento son ciertas con una lectura atenta de clausulado.

Respecto a las cláusulas abusivas, ya hemos indicado que la actora no tiene la condición de consumidora, y no existe desequilibrio de las prestaciones: (i) En el contrato existe un riesgo para cliente y banco, derivado de la evolución de los tipos de interés, que es un "aleas" imprevisible para ambas partes por mucho que sean los bancos los que intervengan en el mercado para fijar el Euribor, que es el tipo de interés al que se prestan el dinero entre sí. Hoy día, en un mundo en el que el capital se mueve con entera libertad, pensar en un control de ese tipo es una quimera. Existen unas previsiones y la cuestión es que, contratado el producto en un escenario de tipos al alza que se mantuvo durante casi dos años, lo que revela su idoneidad, ocurrió algo que nadie pudo prever: una crisis financiera muy profunda que obligo a las autoridades monetarias a tomar medidas extraordinarias de bajada de los tipos de interés, que son los que han generado liquidaciones negativas para la actora.

La posibilidad que tiene el banco de revocar la oferta del producto, ofreciendo un producto alternativo, se corresponde con el derecho del cliente a cancelarlo en una de las ventanas señaladas. El precio a abonar no tiene el carácter de cláusula penal sino que cubre únicamente los gastos derivados de deshacer la cobertura a precios de mercado, es decir, el precio a abonar al tercero que ha adquirido el derivado base del contrato. Y el alcance de la fórmula no es esencial cuando el banco puede ofrecer información casi inmediata del coste de cancelación.

#### 4) Responsabilidad civil contractual e indemnización de daños.

Aquí la actora incurre en un equívoco: el producto contratado no obliga a Bankinter a gestionar el riesgo financiero del cliente, sino que éste contrata un producto de cobertura de los tipos de interés de sus riesgos financieros que no garantiza, como un seguro, un tipo durante la vida del contrato sino que éste puede oscilar al alza o a la baja en función de los requerimientos del mercado. El contrato de gestión de riesgos concertado genera unas expectativas de derechos y obligaciones para las partes y, eventualmente, liquidaciones positivas o negativas para cada uno. El Banco cumple con asesorar al cliente de los riesgos que la operación conlleva (Art. 5-3 RD 629/1993), pero no se responsabiliza de la posible evolución de los tipos, que no puede conocer y menos pudo prever un repentino e inesperado descenso en el tipo de interés que incide directamente en este tipo de contrato, en perjuicio del cliente.

Por todo lo expuesto, la demanda debe desestimarse.

CUARTO.- Las costas a la actora (Art. 394 LEC).

### FALLO

Que debo desestimar como desestimo la demanda formulada por la Procuradora Sra. \_\_\_\_\_, en nombre de \_\_\_\_\_ S.L., absolviendo a la demandada, Bankinter S.A., de sus pretensiones con imposición de costas.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona; recurso que habrá de presentarse en este Juzgado en el plazo de cinco días desde su notificación.

MODO DE IMPUGNACIÓN.- El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna. La admisión del recurso precisará que, al prepararse el mismo, la parte recurrente acredite que ha ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, la cantidad de 50 € en concepto de depósito; indicando en el documento de ingreso que se trata de un "recurso", seguido del "código" y "tipo de recurso" de que se trate.

Librese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévese el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, manda y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Magistrado Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de la fecha. Doy fe.