



Juzgado de Primera Instancia nº Cinco
Oviedo

Juicio Ordinario nº 1239/2009

De D/ña. C S.L.
Procurador/a Sr/a. PAULA CIMADEVILLA DUARTE
Contra D/ña. BANKINTER S.A.
Procurador/a Sr/a. CONSUELO CABIEDES MIRAGAYA



SENTENCIA

En Oviedo, a 7 de Junio de 2010.

Vistos por mí, D^a Virginia Otero Chinnici, Magistrado Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Oviedo y su Partido los presentes autos de juicio Ordinario nº 1239/2009 seguidos a instancia de la entidad C S.L., representada por la Procuradora Sra. Cimadevilla y asistida por el Letrado Sr. Pérez, contra la entidad Bankinter S.A., representada por la Procuradora Sra. Cabiedes y asistida por el Letrado Sr. Reguero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la Procuradora Sra. Cimadevilla, en nombre y representación de la entidad C S.L., se presentó con fecha 11 de noviembre de 2009, demanda de juicio Ordinario, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes y constan en autos.

16 JUN 2010

SEGUNDO. Por Auto de fecha 12 de noviembre de 2009 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a la parte demandada y, con fecha 20 de enero de 2010 se presentó escrito de contestación a la demanda por la Procuradora Sra. Cabiedes.



SEXTO. La complejidad, y las dudas de la controversia planteadas aconsejan no formular condena en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Lec.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Cimadevilla, actuando en nombre y representación de la entidad C S.L., contra la entidad Bankinter S.A., representada por la Procuradora Sra. Cabiedes, debo declarar y declaro la nulidad de los “Clip Bankinter 12.5”, “Clip Bankinter 07 2.3” y “Clip Actualizado Bankinter 07 2.3” suscritos entre las partes, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz de esas operaciones, con intereses legales.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma prevista en el artículo 248.4 de la LOPJ, haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 5 días a contar desde su notificación.

Así lo manda y firma, D^a Virginia Otero Chinnici, Magistrado Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia nº Cinco de Oviedo y su Partido. Doy Fe.

Por Providencia de fecha 21 de enero de 2010 se señaló para la celebración de la correspondiente Audiencia Previa el día 8 de abril de 2010.

TERCERO. El día señalado se celebró la Audiencia Previa, en que las partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba y admitiéndose, se señaló para la celebración de juicio el día 1 de Junio de 2010.

CUARTO. El día señalado se celebró el acto del Juicio, practicándose toda la prueba propuesta y admitida con el resultado que obra en las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se ejerce por la parte actora en el presente procedimiento acción por la que solicita que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que.

- Se declare nulo el contrato de gestión de Riesgos Financieros "Clip Bankinter 12.5" suscrito entre C S.L. y Bankinter con fecha 11 de noviembre de 2005.
- Condene a la demandada a pagar a C S.L. la cantidad de 9.059,68 euros.
- Declare nulo el contrato de Gestión de Riesgos Financieros "Clip Bankinter 07 2.3" y "Clip Bankinter Actualizado 07 2.3" suscrito entre Climalia Principado y Bankinter con fechas 12 de febrero de 2007 y 20 de febrero de 2008 respectivamente.
- Condene a la demandada a pagar a C S.L. la cantidad de 9.242,71 euros.
- Condene a la demandada al pago de los intereses que legalmente correspondan desde la fecha de la irregular suscripción de los contratos.
- Condene a la demandada al pago de las cosas procesales.

Alternativamente:

- Declare resuelto el Contrato de Gestión de Riesgos Financieros "Clip Bankinter 12.5" suscrito entre C S.L. y Bankinter con fecha 11 de noviembre de 2005.

- Condene a la demandada a pagar a C S.L. la cantidad de 9.059,68 euros.
- Declare resuelto el contrato de Gestión de Riesgos Financieros “Clip Bankinter 07 2.3” y “Clip Bankinter Actualizado 07 2.3” suscrito entre Climalia Principado y Bankinter con fechas 12 de febrero de 2007 y 20 de febrero de 2008 respectivamente.
- Condene a la demandada a pagar a C S.L. la cantidad de 9.242,71 euros.
- Condene a la demandada al pago de los intereses que legalmente correspondan desde la fecha de la irregular suscripción de los contratos.
- Condene a la demandada al pago de las cosas procesales.

En apoyo de sus pretensiones, la parte actora alega que en el mes de noviembre de 2005 la actora suscribió con la entidad demandada un contrato denominado “Clip Bankinter 12.5” en la creencia que se trataba de un seguro de cobertura de tipos de interés de una póliza de préstamo previamente suscrita. Posteriormente, con fecha 12 de febrero de 2007, la entidad actora suscribe un nuevo contrato de la misma clase denominado ahora “Clip Bankinter 07 2.3”, cuyas condiciones fueron ulteriormente modificadas, suscribiéndose el denominado “Clip Actualizado Bankinter 07 2.3”. De conformidad con la contratación se realizaron liquidaciones periódicas que, llegado el año 2009 resultaron negativas para el hoy actor y pusieron de manifiesto el alto riesgo del producto financiero contratado, alto riesgo que no fue comunicado ni explicado correctamente a los representantes de la actora al tiempo de la contratación. Sobre la base de lo anterior se reclama la declaración de nulidad de los contratos celebrados al existir vicio en el consentimiento.

SEGUNDO. Frente a las pretensiones de la actora, se opone la demandada alegando la inexistencia del vicio del consentimiento denunciado toda vez que las características del producto contratado y denominado “Contrato de Gestión de Riesgos Financieros” fueron correctamente explicadas al representante de la entidad demandante, exponiendo que se trata de lo que se conoce comúnmente como una permuta financiera, de manera que se entrega una cantidad de dinero a cambio de otra, produciéndose una compensación entre ambas obligaciones; siendo así que las liquidaciones se realizaban trimestralmente comprometiéndose el banco a abonar el Euribor a tres meses y el cliente el interés pactado. Así las cosas, la entidad demandada aduce que no se produjeron reclamaciones por parte del hoy actor hasta que no se produjo la primera liquidación negativa para éste, como consecuencia de la bajada de los tipos de interés. Ante esta situación, la actora deja de pagar y

la entidad Bankinter procede a la cancelación del productor, reclamando las cantidades derivadas del cierre anticipado conforme a lo pactado.

TERCERO. Atendido lo expuesto en el Fundamento anterior, es claro que, en el presente supuesto, se está en presencia de un contrato habitual en la práctica del sector bancario, que se caracteriza por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las Entidades Bancarias que deben ser aceptadas por el cliente a la hora de contratar, sin posibilidad de introducir modificaciones o matizaciones en las mismas. A pesar de estas particularidades, en todo caso deberá atenderse a lo previsto en el artículo 1261 del Código Civil en lo que afecta a los requisitos que deben concurrir en la formación de un contrato, esto es, la concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el mismo. El eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo. Esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esto hace que en el sector de la Banca, el legislador y por ello, la jurisprudencia destaquen la protección que es precisa que el cliente de un Banco tenga a su favor en todas las fases de conclusión de un contrato con la Entidad Financiera y, todo ello por la necesidad de dotar de amparo a lo que se ha entendido parte débil de la contratación en un contrato de adhesión. En la fase precontractual, debe procurarse al consumidor por la propia Entidad, una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece. En la fase contractual, basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8, se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses.

CUARTO. En el supuesto presente y tal y como se deriva del contenido de la demanda y del suplico, la entidad demandante pretende la declaración de nulidad de los contratos

suscritos, ya que entiende que se firmaron por error, toda vez que la demandada Bankinter al ofrecer la contratación del producto financiero no le proporcionó una correcta información, creyendo que se trataba de un “seguro” que protegería al cliente de eventuales subidas de interés que pudiera perjudicarlo al haber contratado préstamos de interés variable. Sin embargo, lo anterior no resultó ser y, bien al contrario, resultó que el producto ofertado y contratado, funcionaba de forma independiente, y si bien al principio de su ejecución el referido contrato de permuta financiera o de gestión de riesgos financieros, les fue favorable, sin embargo, ulteriormente se produjo un cambio que le causaba importantes pérdidas económicas.

De la prueba practicada resulta acreditado que lo que en su día suscribió la entidad actora con la parte demandada, es un swap o permuta financiera, y, tal como ha señalado la Ilma Audiencia Provincial de Asturias es sentencia de fecha 27 de enero de 2010: “Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.Cy 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes (...)”.

QUINTO. Con estos antecedentes y examinando asimismo el resultado de la restante prueba practicada, se concluye que en la fase previa a la contratación efectiva, consta

acreditado que el representante de la actora mantuvo una conversación con el Director de la Sucursal Bancaria, D. Ricardo José Pérez, en la cual éste explicó la cobertura que ofrecía el producto.

En la declaración prestada en el acto del juicio, D. Ricardo manifestó que explicó con detalle el producto ofrecido y que tal producto encajaba con el perfil de la actora, dado su volumen de endeudamiento, aclarando que toda entidad con endeudamiento a tipo variable tiene un riesgo y este tipo de cobertura le permite optimizar su coste financiero, cambiando interés variable por fijo.

Por otra parte, D. Ricardo también aclaró que no se trata de un seguro, sin embargo en este punto no se puede omitir que la información facilitada al cliente por el propio banco y según se refleja en el documento nº 6 de la demanda (Hoja informativa), el producto se define como “un seguro que proteja el coste de financiación frente a posibles subidas de los tipos de interés (...)”, por lo que, no obstante lo manifestado acerca de que no se trata de un seguro, la expresión utilizada en la hoja informativa sin duda puede inducir a cierta confusión; como también resulta en cierta medida contradictorio e impreciso lo expresado por D. Ricardo acerca del hecho que se trataba de cambiar un tipo de interés variable por uno fijo, con el contenido de la señalada hoja informativa en cuanto se dice que se trata de “alternativas intermedias entre el tipo de interés variable y el tipo de interés fijo”.

Finalmente D. Ricardo, a preguntas del Letrado de la actora, declaró que se informó adecuadamente del producto al contratar éste, mostrando incluso, durante una presentación en power point ejemplos de liquidaciones negativas; sin embargo, lo cierto es que dicha información, tal y como se dice que fue documentada y entregada, no ha sido aportada a estas actuaciones y, en definitiva, lo que no se debe omitir es que el propio Director de la sucursal bancaria que gestionó la previa contratación, reconoció que se trata de un producto financiero complejo.

En definitiva, no resulta acreditado si el cliente conocía con el debido detalle y de forma minuciosa los riesgos que asumían al contratar, y lo que es más importante, no resulta acreditado que la entidad bancaria facilitara esa información del riesgo, tal y como viene obligada a hacer.

En toda esta materia, la norma fundamental a seguir en la actuación de las partes contratantes y en la regulación de operaciones financieras viene constituida por la Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 de febrero, que en el punto que nos ocupa fue modificada por la Ley

47/2007, que supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento.

De las liquidaciones practicadas y reconocidas por las partes se deduce un importante riesgo y pérdida sufrida a consecuencia de la ejecución del contrato, ya que, con relación al contrato denominado "Clip Bankinter 12.5", en sólo dos trimestres las liquidaciones negativas superaron el importe de las liquidaciones positivas generadas en los tres años anteriores. Por otra parte, idéntica situación se produce con respecto al denominado "Clip Bankinter 07 2.3" y "Clip Actualizado Bankinter 07 2.3".

Frente a todo lo anterior y, como ya se dijo en los fundamentos anteriores, se alega por la demandada que el cliente solo reclama en el momento en que sufre pérdidas y no cuando obtuvo abonos. Sin embargo, esto corrobora su desconocimiento acerca del exacto funcionamiento del producto contratado y de los riesgos asumidos que sólo se ponen de manifiesto ante la bajada del tipo de interés.

La parte demandada entiende asimismo que no hay desproporción ni arbitrariedad a la hora de contratar y que si existen desigualdades en el resultado, fácilmente apreciables si tenemos en cuenta las cifras anteriores, son mera consecuencia de la variabilidad de los tipos de interés; sin embargo, lo que es evidente es que para impedir precisamente que se pueda apreciar la posible nulidad del contrato, es preciso que el Banco advierta a la otra parte contratante, que tales desigualdades pueden producirse y hacerlo de una forma tan exhaustiva que impida a la parte contratar servicios que rápidamente le pueden producir unos perjuicios económicos persistentes, a través de un sistema de información imparcial, claro y no engañoso. En palabras de la Ley del Mercado de Valores de una forma "que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa (art. 79 bis)".

Con todo lo anterior, se debe resolver, a partir de aquí, sobre la concurrencia o no del error alegado.

Examinado el contenido de los contratos denominados "Clip Bankinter 12.5", "Clip Bankinter 07 2.3" y "Clip Actualizado Bankinter 07 2.3", lo cierto es que no recogen una referencia concreta al conjunto de riesgos asumidos para el caso concreto, y de su aumento o disminución según la evolución de tipos de interés, teniendo en cuenta que en el momento de elaboración y firma de los contratos que nos ocupan, especialmente en lo que se refiere a los celebrados en los meses de febrero de los años 2007 y 2008 ("Clip Bankinter 07 2.3" y "Clip

Actualizado Bankinter 07 2.3”), empezaba a vislumbrarse por datos económicos de carácter general, una posible variación en la evolución de los tipos de interés que hubiera llevado al Banco, que siempre es conocedor de mas datos económicos que un cliente no experimentado en la materia de su posible evolución, a no ofertar el producto de la forma en la que lo hizo o con una especial precaución y minuciosidad en la información.

De hecho, en las Condiciones Generales aportadas, existe una cláusula en la que se dice: “El cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que. En caso de que la evolución de estos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato”. Y, por otra parte, en las condiciones particulares se dice: “Durante la vigencia del periodo de comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el Mercado que, a juicio del banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta del Producto, el Banco podrá revocar la oferta respecto del producto, si bien en este caso, el banco ofrecerá a los clientes un producto alternativo y de características similares al que se les ofreció inicialmente”. Ahora bien, no obstante todo lo anterior, no se especifica nada de los concretos riesgos de la operación (swap) que se contrataba, y que se podían derivar de una variación en los tipos de interés como la que se preveía que se podía producir. Y todo ello, en el bien entendido que, si bien es cierto que la Entidad Bancaria no podía adivinar el curso exacto de los acontecimientos o tener total certeza sobre la variación de los tipos de interés, sin embargo sí podía contar desde luego con más datos que el cliente sobre este punto.

Y, en todo caso, lo que ha quedado acreditado y así se ha venido exponiendo a lo largo de esta sentencia es que el riesgo que se puso de manifiesto una vez que la variación de los tipos de interés fue estrepitosa, no había sido advertido por el Banco al cliente.

Precisamente la obligación de información es la primordial obligación del Banco.

El Artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores antes citado, resulta plenamente de aplicación en el apartado que regula las obligaciones de diligencia y transparencia. Además la Ley ha sido modificada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que ha venido a potenciar a través de la introducción de un artículo 79 bis, los deberes de información al cliente, haciendo una regulación muy exhaustiva de la misma y distinguiendo en tal información, la que se debe al cliente no profesional. Según su regulación, “la información referente a los instrumentos

financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias”, de igual forma recoge una obligación de máxima aplicación al supuesto que nos ocupa al señalar que “la información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial e invisible”, dicha obligación es evidente que el Banco debe de cumplirla a pesar de que ello conlleve un riesgo de no contratación.

Queda, en consecuencia, suficientemente probado, que el Banco demandado no actuó en cumplimiento del deber de información exigible en tales casos. Y, si bien no se pretende atribuir únicamente a la Entidad Bancaria la vigilancia de los intereses del cliente, ya que es éste quien debe velar por sus propios intereses, sin embargo en casos como el que nos ocupa, en los que es la propia Entidad la que toma la iniciativa en el contrato, ofertando el producto, es también lógico que tenga un plus de lealtad con el cliente en aras a extremar al máximo las consecuencias de ese deber de información.

Por todo ello se puede concluir razonablemente que el contratante y demandante en el presente procedimiento, firmó el contrato denominado de Gestión de Riesgos Financieros o SWAP porque la información ofrecida por el Banco demandado le indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad, como consecuencia de una información defectuosa atribuible a la entidad bancaria contratante sobre el producto ofrecido, de tal manera que concurren, en el presente caso, los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2000: “Recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular”

Por lo expuesto, y en aplicación del artículo 1.265 del Código Civil, al concurrir las circunstancias allí expuestas al decir que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad de los contratos “Clip Bankinter 12.5”, “Clip Bankinter 07 2.3” y “Clip Actualizado Bankinter 07 2.3” suscritos por la entidad actora, y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato.